

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

**A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE NO INJUSTO
PENAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:**
**elementos de valoração global do fato e erro a partir da lei n.º 13.869 de
2019**

Juiz de Fora
2020

HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

**A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE NO INJUSTO
PENAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
elementos de valoração global do fato e erro a partir da lei n.º 13.869 de
2019**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Juiz de Fora

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

A RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE NO INJUSTO PENAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:

**elementos de valoração global do fato e erro a partir da lei n.º 13.869 de
2019**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2020

Dedico este trabalho a meu pai e a minha mãe, que me ensinaram que as dificuldades são para serem vencidas e não lamentadas.

Agradeço a meus pais, minha namorada,
minha família, meus colegas e
professores por terem ajudado na
construção do meu sonho.

“Toda a gente tem a missão e obrigação de esmagar em toda a parte, onde ela se erga, a cabeça da hidra que se chama o arbítrio e a ilegalidade” Rudolf von Iherin

RESUMO

O presente trabalho trata do tema da relação entre tipicidade e ilicitude no ordenamento jurídico-penal, sobretudo da perspectiva dos elementos de valoração global do fato, a fim de que se possa garantir a taxatividade e a legalidade penal. A monografia objetiva analisar esses elementos de valoração global do fato no âmbito da Lei n. 13.869 de 2019, a fim de que se possa dar concretude a seus dispositivos e permitir uma aplicação consentânea aos ditames da legalidade, taxatividade, proteção de bens jurídicos e de direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se a revisão de literatura e o método dedutivo. Entende-se que a partir da relação de tipicidade e ilicitude, bem como de uma delimitação conceitual dos elementos de valoração global do fato, há a possibilidade de maior taxatividade dos tipos penais que poderiam ser considerados como obscuros ou demasiadamente abertos, evitando assim uma insegurança jurídica. Assim, a presente pesquisa conclui que a Lei n. 13.869 de 2019, apesar de apresentar elementos normativos que, a primeira vista, são demasiadamente abertos, pode receber uma delimitação dogmático-conceitual adequada a partir da Teoria dos Elementos de Valoração Global do Fato, permitindo chegar a uma mínima taxatividade demandada.

Palavras-chave: Direito Penal. Conceito analítico de crime. Tipicidade. Ilicitude. Injusto. Elementos de valoração global do fato. Lei n. 13.869 de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. Taxatividade. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present work deals with the theme of the relationship between typicality and illegality in the criminal-legal system, especially from the perspective of the elements of global valuation of the fact, in order to guarantee taxativity and criminal legality. The monograph aims to analyze these elements of global valuation of the fact within the scope of Law no. 13,869 of 2019, in order to give concreteness to its provisions and allow an application consistent with the dictates of legality, taxation, protection of legal assets and fundamental rights. For this, the literature review and the deductive method were used. It is understood that from the relation of typicality and illegality, as well as from a conceptual delimitation of the elements of global assessment of the fact, there is the possibility of greater taxativeness of the criminal types that could be considered as obscure or too open, thus avoiding insecurity legal. Thus, this research concludes that Law no. 13,869 of 2019, despite presenting normative elements that, at first glance, are too open, can receive an appropriate dogmatic-conceptual delimitation from the Theory of Elements of Global Valuation of the Fact, allowing to reach the minimum required taxativeness.

Keywords: Criminal Law. Analytical concept of crime. Typicality. Illegality. Unfair. Elements of global valuation of the fact. Law no. 13,869 of 2019. Law of Authority Abuse. Taxativeness. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A legalidade e a taxatividade como fios condutores da matéria penal	11
2.1	Natureza jurídica do princípio da legalidade e sua posição como cláusula pétrea.....	15
2.2	Essência da legalidade em matéria penal	16
2.3	O (sub)princípio da taxatividade e sua definição	17
3	O conceito de crime	20
3.1	Os conceitos de crime para o Direito Penal.....	21
3.2	Breve análise do conceito analítico de crime.....	23
4	O injusto penal e a relação entre tipicidade e ilicitude	25
4.1	O tipo e a tipicidade.....	26
4.2	A ilicitude	30
4.3	A relação entre a tipicidade e a ilicitude.....	32
5	Os elementos de valoração global do fato	37
5.1	Erro quanto aos elementos de valoração global do fato.....	39
6	A Lei n.º 13.869 de 2019 e os elementos de valoração global	40
7	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos se percebe um duplo movimento no Direito Penal: se por um lado há o recrudescimento contra a criminalidade de colarinho branco e a corrupção, por outro as instâncias oficiais de controle e combate direto contra o crime são cada vez mais vigiadas e o arbítrio do poder cada vez menos é algo a ser tolerado.

Por conta disso e das perseguições penais que se vê nos últimos tempos, como a denominada “Operação Lava Jato”, o legislador entendeu por bem atualizar a legislação relativa aos crimes de abuso de autoridade, com o claro intuito de que os direitos basilares dos investigados fossem devidamente respeitados.

Nesse sentido, a antiga Lei n.º 4.898 de 1965 foi substituída pela Lei n.º 13.869 de 2019 (a “nova Lei de Abuso de Autoridades”) que, conjuntamente com a Lei n.º 13.964 de 2019 (o “pacote anticrime”), buscou modificar o sistema jurídico nacional e, sobretudo no processo penal, trouxe um modelo mais voltado ao garantismo, adotando-se, no sistema processual penal brasileiro, o chamado sistema acusatório.

Apesar de a nova Lei de Abuso de Autoridades trazer significativos avanços, muitas vezes peca ela, ao tipificar os crimes, na taxatividade exigida pela legislação penal orientada sob o princípio da legalidade estrita. Prova disso é o legislador se valer demasiadamente de elementos típicos de conteúdo obscuro, como “injustificadamente” e “sem justa causa”.

O presente trabalho busca, então, analisar essas obscuridades e se propõe a tentar resolvê-las e proteger os princípios da taxatividade e da segurança jurídica, que se encontram ameaçados quando confrontados com os diversos termos presentes nos tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridades e a teoria do injusto penal, a fim de delimitar o conteúdo típico e permitir uma escorreita aplicação do importante instrumento de luta contra arbitrariedades.

A partir dos termos usados pelo legislador, percebe-se que há uma aproximação demasiadamente forte entre tipicidade e ilicitude, o que faz com que o agente e, por vezes, o interprete se encontrem em um limbo jurídico, esvaziado de segurança jurídica e de possibilidade de atuação conforme e aplicação devida das normas penais incriminadoras.

Sem dúvidas, isso fará com que a *mens legis*, a saber, rechaçar de maneira veemente os abusos, mas tutelar de maneira suficientemente segura a atuação conforme o direito, seja uma tarefa árdua e quase que inócua. Dessa maneira, ocorreria de a Lei, apesar de vigente e válida, ser de pouca efetividade.

Assim, a pesquisa busca trazer não somente o resguardo dos que praticam atos limitativos de direito como também a criminalização devida daqueles que abusam de seu poder a fim de ultrapassar a linha do permitido.

Pragmaticamente, a análise teórica que se pretende desenvolver no presente trabalho, tem por pretensão servir como uma fagulha para que a realidade se transforme, permitindo uma visão mais clara do que pode e do que não pode ser feito no “mundo dos fatos” sem que se configure os crimes previstos na *novel* normativa.

A partir do exposto, a presente pesquisa tem como finalidade a delimitação da vagueza dos tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridade no que diz respeito aos elementos de valoração global do fato. Dessa maneira, a finalidade imediata é resguardar a taxatividade e a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, a finalidade mediata é garantir a proteção dos Direitos Fundamentais dos sujeitos passivos e ativos dos crimes.

Pretende-se atingir, portanto, uma aplicação teórica suficientemente limitativa de alguns tipos penais para que sejam satisfeitos os comandos constitucionais e os intuitos do legislador.

O presente trabalho tem por problemática principal a indagação se os elementos típicos como “injustificadamente” e “justa causa” atendem ao princípio da taxatividade e se se orientam pela clássica teoria dos elementos do tipo e da divisão estanque entre tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Assim, formula-se a presente questão problema: os tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridade que preveem elementos normativos remetentes à licitude da conduta, podem ser considerados, a partir da divisão estanque de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, como regidos pelo princípio da taxatividade penal?

Formula-se a seguinte hipótese: os aludidos tipos penais não podem ser considerados corolários da taxatividade penal a partir da visão clássica do conceito analítico, mas podem ser devidamente limitados a partir da chamada “Teoria dos elementos de valoração global”. Teoria essa que, preservando o conceito analítico, admite que o legislador flexibilize a separação clássica e faça uma superposição entre a tipicidade e a ilicitude em determinados casos.

Para efetuar a presente pesquisa, é utilizado o método dedutivo, por meio de uma revisão bibliográfico-doutrinária, a fim de se pesquisar o atual estado da arte a respeito da

teoria dos elementos de valoração global do fato e da nova Lei de Abuso de Autoridade. Busca-se analisar o estado atual da arte no campo conceitual e algumas das principais posições doutrinárias divergentes e convergentes, bem como eventual ligação do problema e das hipóteses com a legislação e/ou jurisprudência.

Dessa maneira, o trabalho será dividido em cinco partes. A primeira busca analisar o referencial teórico da taxatividade penal como fio condutor da matéria penal, tanto para delimitar a intervenção penal e evitar arbítrios do poder estatal, quanto para evitar uma proteção insuficiente dos bens jurídicos.

Em um segundo momento, empreende-se uma breve análise no conceito de “crime”, sobretudo a partir do Direito Penal e de seu conceito analítico de crime, a fim de que seja demonstrado que tal construção, para além de mera dogmática, é uma forma de construção racional que dará ao Direito Penal a possibilidade de cumprir sua função de proteção subsidiária dos bens jurídicos.

Logo após, a partir do conceito analítico de crime, analisa-se o tema do injusto penal e de seus dois componentes, a tipicidade e a ilicitude para, no mesmo bloco, empreender a análise de sua relação a fim de demonstrar que, no atual Estado da Arte, os conceitos de tipicidade e ilicitude não se encontram em uma completa separação.

Como desdobramento da relação de tipicidade e ilicitude, o quarto ponto do trabalho analisa os elementos de valoração global do fato, buscando delimitar um conceito e uma ideia mínima para esses elementos normativos do tipo penal presentes em diversos artigos das leis criminais e, sobretudo, na Lei de Abuso de Autoridade. Busca-se, com isso, estabelecer um parâmetro para que se preserve a própria taxatividade penal.

Por fim, analisa-se parcela da própria Lei de Abuso de Autoridade, a fim de se identificar, mesmo que de maneira não exaustiva, quais os tipos penais que apresentam os elementos de valoração global do fato e o porquê se entendem de assim o ser.

2 A legalidade e a taxatividade como fios condutores da matéria penal

O Estado¹, tem como fim a garantia de vida e segurança das pessoas. Entretanto, ao menos em sua concepção atual, tem de, a um só tempo, proteger a pessoa e primar pelos seus Direitos e Garantias Fundamentais. Dessa maneira, encontra-se dentre os papéis do Poder

¹ Mesmo para HOBBS (2012), que entende que o homem deseja o dominar o outro, diz que o fim dos seres humanos ao se associarem e se limitarem é a conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Para ele, a função do Estado é garantir o abandonando uma condição de guerra e o cumprimento das leis civis e do pacto.

Público o dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tanto contra os detentores de poder público como os atores privados (SARLET, 2006).

É nesse sentido que a Constituição Federal eleva à classe de fundamento da República Federativa do Brasil, inscrito em seu artigo 1º, inciso III, a afirmação de que todas as pessoas são dotadas de dignidade², e o respeito e a salvaguarda a essa dignidade tem de ser o fulcro de todo o ordenamento jurídico.

Disso decorre um ponto importante para todo o ordenamento jurídico e para o Direito Penal como um todo: o Estado brasileiro não se satisfaz como um Estado de Direito, mas sim como um Estado Democrático de Direito³. Logo, não basta uma proteção estatal sob um ar de mera legalidade, a permitir um arbítrio estatal, mas exsurge a necessidade de uma justiça material legítima (SILVA, 2017).

Destarte, Direitos Fundamentais (assim como seus respectivos deveres) são normas primordiais de um ordenamento jurídico comprometido com a Democracia substancial, o Direito e, sobretudo, a integridade da pessoa humana. Esses direitos não se limitam a uma abordagem meramente subjetiva, mas, juntamente a essa, ganham contornos objetivos de sorte a se espriarem por todo o ordenamento jurídico. Como afirma SARLET (2006, p. 171):

[...] os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Nesse cenário, o Direito Penal, contaminado pela constitucionalização do Direito e pela eficácia objetiva dos Direitos Fundamentais, deve ser um foco de proteção da pessoa humana, tanto na garantia de bens jurídicos indispensáveis quanto na vedação de intromissões abusivas do Poder Público na seara privada.

Nesse ponto, REALE JUNIOR (2012, p.32), ao buscar validade ao princípio da proporcionalidade no artigo 3º da Constituição Federal, aduz que, por ser um objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa, “importa evidentemente a busca de uma Justiça social, mas também a exigência de leis justas, razoáveis por guardarem

² Dignidade humana aqui, para que não resulte em fórmula jurídica desprovida de significado, é entendida em uma função kantiana em que o homem, quanto ser racional e autônomo, deve ser um fim em si mesmo (KANT, 2017). Conforme elucidam PRETI e LÉPORE (2020), Kant assinala que as pessoas, diversamente de coisas e animais que possuem preço, possuem dignidade. Logo, se as coisas podem ser instrumentos para determinados fins, as pessoas são um fim em si mesmo, não podendo serem instrumentalizadas pela sociedade.

³ Nesse sentido, o próprio texto constitucional deixa claro, no *caput* de seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil se constituiu como Estado Democrático de Direito.

a justa medida na imposição de gravames aos cidadãos em vista da defesa de interesse da sociedade”.

Conjuntamente a isso, deve-se observar que, em matéria penal, há uma dupla fragilidade passiva consecutiva: em um primeiro momento, a vítima se encontra fragilizada pelo delito praticado, sendo ela a primeira fragilizada; em um segundo momento o infrator se encontra fragilizado perante o aparato de persecução penal estatal (VIANA, 2019).

Decorre disso a busca de um garantismo integral, ou seja, um modelo que tutela os direitos e garantias individuais de vítimas, consubstanciado em bens jurídicos (proibição de proteção deficiente)⁴, e proteja os mesmos direitos do infrator (proibição de excesso).

[...] não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral (ou positivo) e não meramente negativo (SARLET, 2006, p. 174).

Portanto, na seara criminal, o Estado, em todas as suas funções e atribuições⁵, encontra-se vinculado a diretrizes protetivas dos Direitos Fundamentais a fim de que se possa legitimar a intervenção penal. Para tanto, deve-se observar dois comandos decorrentes do princípio da proporcionalidade, a saber: a proibição de proteção insuficiente e a vedação de excesso. Será justamente na observância desses dois postulados que se encerra a criminalização legítima que, de um lado, busca tutelar os bens jurídicos dos indivíduos, e de outro, busca limitar a intervenção penal ao limite do necessário e permitido pela ordem constitucional.

Nesse viés axiológico que deve ser desenvolvido o Direito Penal, de maneira a, como afirma ROXIN (2018, p.19), tutelar as “circunstâncias necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o

⁴ Apesar de o discurso de proteção por meio da criminalização poder ser rechaçado pelos adeptos do abolicionismo penal, conforme aponta GONZAGA (2020), é certo que a ordem jurídica internacional, quando trata da proteção de Direitos Humanos, expressamente possui mandados de criminalização e de preocupação com a impunidade daqueles que violam Direitos básicos do ser humano. Nesse sentido a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 diz, em seu § 60, que os Estados devem revogar legislações que conduzam à impunidade de quem viola gravemente os Direitos Humanos.

⁵ MENDES (2012, p. 79 e 80), valendo-se da jurisprudência alemã, defende que, para além do Poder Legislativo, as decisões dos Poderes Executivo e Judiciário, com base em lei, submetem-se ao controle de proporcionalidade. “Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade”.

funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos, os chamados bens jurídicos”⁶.

Conforme aponta CANOTILHO (2003 ,p. 409), “da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.

Caso o Estado frustre o dever de proteger o bem jurídico da violação, seja por ausência de normas, seja por ausência de atuação material, fere o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proteção insuficiente⁷. Mas, caso o Poder Público, ao reagir ao fato infracional, tanto criminoso quanto contravencional, excede e fere os bens jurídicos do infrator, também está a atacar o princípio da proporcionalidade, especificamente em seu aspecto de vedação de excesso.

Nesse sentido a lição de HUNGRIA (2014, p. 14): “O justo caminho é sempre o *meio-termo*. Só é possível o seguro avanço da Civilização quando a humanidade se apazigua nos pontos de equidistâncias entre os extremos, segundo a *lei da proporção*” [...].

Portanto, o Direito Penal deve se exprimir tanto na prevenção delitativa, a fim de salvaguardar o bem jurídico da vítima, quanto como freio do poder punitivo estatal, tutelando o bem jurídico do infrator, de modo a que se reconhecer que não só as vítimas do crime primeiro tem seus bens jurídicos lesados, mas também o infrator, sobretudo nos crimes de abuso de autoridade, conforme analisado a frente.

A fim de se resguardar tanto os bens jurídicos da vítima de possíveis agressões, quanto do infrator de abusos (que pode muito bem vir a ser tão vítima quanto seu antigo alvo, como nos crimes de abuso de autoridade), entende-se que deve a lei ser o fulcro do sistema penal.

Tal assertiva se dá pois, conforme estabelecem o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e o artigo 1º do Código Penal, não haverá crime sem lei anterior que o defina, e tampouco haverá de existir pena sem a prévia cominação legal. Conforme aponta

⁶ Nesse sentido, ROXIN (2018) assevera que os Tribunais lançam mão do princípio da proporcionalidade para uma recepção constitucional da noção de bem jurídico, sobretudo no que diz respeito ao aspecto da proibição do excesso.

⁷ Inclusive, no âmbito internacional de proteção aos Direitos Humanos, PRETI e LÉPORE (2020, p. 250, *grifos do autor*) tratam da responsabilidade de proteger (*responsability to protect* ou *R2P*) “atribuída aos Estados para que assegurem que suas respectivas populações não sejam vítimas de *crimes internacionais*” que, se violada, nos termos da Cúpula Mundial de 2005, pode levar à represálias no plano internacional, inclusive com medidas determinadas pelo Conselho de Segurança da ONU.

REALE JUNIOR (2012, p. 35), a legalidade é uma pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado e “a liberdade política de um cidadão decorre da segurança que cada qual tem de não temer o Estado e os demais cidadãos”.

Assim, entende-se, como um dos mecanismos de garantir todos os Direitos Fundamentais em jogo no Direito e no Processo Penal, que o princípio da legalidade (legitimamente material e não meramente formal) deve seguir como sustentáculo do sistema criminal. Dessa maneira, o Direito Penal pode cumprir suas funções de defender bens jurídicos de agressões externas e de evitar abusos e atrocidades.

Nos dizeres de BINDING (*apud* HUNGRIA e DOTTI, 2014, p. 6), o Código Penal, e a própria legalidade, é, paradoxalmente, a “*Magna Charta libertum* dos delinquentes”, bem como o fator legitimante das finalidades preventivas das penas criminais.

2.1 Natureza jurídica do princípio da legalidade e sua posição como cláusula pétrea

A legalidade é essencial ao Estado de Direito e, quando de um Estado Democrático, ganha contornos ainda mais humanitários, pois é essência da Lei a sua subordinação à Constituição e a todos seus consectários. Portanto, a Lei, em um Estado Democrático de Direito⁸, deve realizar, a um só tempo, os princípios da igualdade, da justiça e da proteção do ser humano (SILVA, 2017).

O princípio da legalidade, como um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, é justamente um dos Direitos Fundamentais que inaugura o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, estando estabelecido no artigo 5º, inciso II da carta política que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A esse respeito, José Afonso da SILVA (2017, p. 423) diz que “ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.

De tamanha importância é o princípio, que o Poder Constituinte Originário fez questão de novamente o especificar, no artigo 5º, mas agora especialmente na área penal, ao

⁸ É nesse sentido que MENDES (2012, p. 328) diz que o princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal “encontram fundamentos vinculados à própria ideia de Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democráticos e da separação de Poderes”.

dizer, em seu inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assim, por serem essas normas Direitos Individuais⁹, estão garantidas no ordenamento jurídico nacional como cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal. Dessa maneira, o princípio da legalidade fica salvaguardado não somente de abolição por emenda de maneira expressa, mas também de maneiras veladas e dissimuladas, que buscam implementar verdadeira fraude constitucional. Assim:

A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; *basta que a proposta de emenda se encaminha ainda que remotamente, “tenda” (ementas tendentes, diz o texto) para a sua abolição* (SILVA, 2017, p. 69, grifo nosso).

Decorre disso que, se nem mesmo o Poder Constituinte Derivado pode fazer cessar o princípio da Legalidade, muito menos o pode o Legislador ordinário. Portanto, não cabe ao legislador intervir no âmbito desse direito fundamental a fim de reduzi-lo (MENDES, 2012).

O princípio da legalidade, portanto, possui natureza jurídica de Liberdade Pública, ou de Direito Individual, a significar a consubstanciação de um direito subjetivo que garante ao indivíduo um poder de agir reconhecido a todos os seres humanos e garantido pelo ordenamento jurídico (FERREIRA FILHO, 2016).

2.2 Essência da legalidade em matéria penal

Além de mandamento Constitucional (artigo 5º, incisos II e XXIX), a legalidade é, conforme apontado, garantia individual que dá substancia à proporcionalidade em ambas vertentes. Portanto, precípua é sua análise na seara criminal, campo que mais sensivelmente afeta as garantias e liberdades da pessoa humana, pois, se por um lado visa tutelar bens jurídicos fundamentais da vítima, acaba por restringir os mesmos bens do acusado (ROXIN, 2018).

Isso posto, a legalidade cumpre o papel de limitar o poder punitivo e de legitimar a prevenção criminal, sobretudo em seu aspecto de prevenção geral. É por meio da lei que se

⁹ A própria concepção de Direitos Individuais já vai ao encontro do princípio da legalidade, uma vez que os Direitos Individual, conforme BARROSO (2018a, p. 214), destinam-se “prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado”. Dessa forma, não seria errôneo afirmar que o princípio da legalidade é, em seu bojo, um Direito Individual que garante os demais Direitos Individuais, uma vez que consubstancia garantia da pessoa de somente ter sua liberdade de ação e omissão limitadas por ato que decorra de processo democrático elaborado por representantes do povo.

tipifica a conduta delitiva e permite que o indivíduo conheça as proibições e os mandamentos do ordenamento jurídico a fim de se guiar por meios deles (SILVA, 2020).

Conforme HUNGRIA (2014, p. 5, grifos do autor), a essência da legalidade se encontra no ponto em que o Direito Penal é um ramo jurídico legislativamente fechado, não podendo suas lacunas ou omissões serem supridas pela analogia, costume ou princípios gerais do direito. Logo, pouco importaria se alguém tivesse cometido um fato imoral quando esse tivesse escapado à previsão legislativa. Pois, “se não corresponde à *parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva”.

A legalidade então, em matéria criminal, estabelece que condutas puníveis são condutas previstas em lei, conforme a técnica legislativa, ou seja: se proibitiva a norma, a conduta descrita é proibida; se mandamental a norma, a conduta diversa daquela prevista é considerada como proibida (ZAFFARONI *et all*, 2010). De qualquer forma, a lei deve prever a conduta a ser proibida ou implementada, não bastando sua danosidade ou imoralidade para que haja punição.

O princípio da legalidade, portanto, consubstancia-se na ideia de que uma conduta, para ser considerada criminosa, deve estar prevista em lei penal e, mesmo que seus efeitos sejam nefastos ou relevantes, a mera vontade do governante ou a decisão judicial não pode tornar infração penal aquilo que a lei assim não considera (TAVARES, 2018).

Percebe-se, que o processo de criminalização de condutas possui um aspecto político inegável, uma vez que o legislador é quem determinará as condutas proibidas e delimitará o setor de intervenção estatal (BECHARA, 2020).

Como decorrência da legalidade, aponta SILVA (2020) que a doutrina extrai três postulados (ou subprincípios), a saber, reserva legal, taxatividade e irretroatividade da lei penal mais gravosa. TAVARES (2018), por sua vez, diz serem corolários do princípio: a taxatividade, proibição de uso de analogia incriminadora ou agravadora de consequências, proibição de retroatividade de lei incriminadora ou gravosa e exigência de lei incriminadora escrita.

Por conta do escopo do presente trabalho, a análise se deterá no (sub)princípio da taxatividade, considerado essencial para o Estado Democrático de Direito.

2.3 O (sub)princípio da taxatividade e sua definição

A base política da legalidade e seu aspecto de imperatividade para a norma se relacionam a valores sociais, e, por isso, deve gozar de aptidão para transmitir a todos tanto o mandamento normativo quanto o valor da própria proibição. Dessarte, a norma penal deve conseguir ser compreendida de forma plena e determinada (BECHARA, 2020).

Ocorre que a própria linguagem do ser humano, *per si*, já se mostra dúbia, portadora de ambiguidades e de um grau de indeterminação, em maior ou menor medida. “Todos os termos, [...], trazem, portanto, em si uma vagueza que exige a participação do intérprete na fixação do seu sentido, e sempre dentro do contexto em que é proferido” (REALE JUNIOR, 2012, p. 38).

Entretanto, não pode a ambiguidade e indeterminabilidade da linguagem humana ser, ainda mais, agravada pelo legislador, sobretudo na área criminal, ramo que, uma interpretação equivocada, pode importar em uma (in)devida aplicação de pena privativa de liberdade e multas de grande monta¹⁰.

Ínsito ao princípio da legalidade, o (sub)princípio da taxatividade ou da Determinabilidade significa que, “o indivíduo há de ter condições de saber o que é proibido ou permitido” (MENDES, 2012, p. 331). Dessa maneira, ao redigir o tipo penal, o uso de termos afetos à área jurídica ou mesmo extrajurídicos, pelo legislador, não pode levar a uma lei incriminadora sem objetividade e inteligibilidade (MENDES, 2012 e REALE JUNIOR, 2012).

Significa dizer que o tipo penal e a escrita legislativa devem se valer de conceitos e delimitações fáticas (recortes em abstrato de ações ou omissões) que permitam o necessário conhecimento das condutas permitidas ou proibidas pelo ordenamento jurídico penal. Não basta uma definição genérica, mas se faz necessário que “a norma criminalizadora, ao definir a conduta criminosa, indique, com precisão, os elementos que a compõem” (TAVARES, 2018, p. 61). Por consequência, é necessária uma leitura precisa e clara da norma penal, devendo ser delimitado o limite do que se pune e expurgadas as dúvidas (REALE JUNIOR, 2012).

¹⁰ Nesse sentido, aponta-se como exemplo de normas de alto grau de indeterminação aquelas extraídas do artigo 4º e Parágrafo Único da Lei n.º 7.492/86. Os preceitos normativos tipificam, respectivamente, as condutas de gerir fraudulentamente instituição financeira e gerir temerariamente instituição financeira. Os termos demasiadamente imprecisos importam em uma zona cinzenta de incerteza entre o que seria temerário e o que seria fraudulento, de modo que a sanção penal é sensivelmente alterada: na primeira hipótese, reclusão de 3 a 12 anos e multa; na segunda hipótese, reclusão de 2 a 8 anos, e multa.

A despeito de existirem outras críticas, o legislador, por vezes, abusa de termos vagos que não dão garantia suficiente às pessoas em duas vertentes: *a)* enquanto possíveis perpetradoras da lei penal, não tem conhecimentos suficientes e sólidos para saber o que constitui a infração penal, permitindo uma abertura típica que vai de encontro ao escopo redutor do Direito Penal¹¹; *b)* enquanto possíveis vítimas, pois uma abertura legislativa e uma redação deficiente pode, ao revés, desaguar em impunidade e inevitabilidade de uma escorregada aplicação da lei penal, vulnerando bens jurídicos que antes deviam estar tutelados.

Vale ressaltar que a taxatividade em matéria penal é necessária e se faz pertinente, sendo que a redação da lei criminal deve ser objeto de crítica mesmo que a teleologia normativa ou o bem jurídico tutelado pela norma seja tido por indispensável. É função do Direito Penal, enquanto ciência, buscar a contenção do punitivismo autoritário e garantir que os bens jurídicos sejam devidamente tutelados, impedindo violações impunes. Nesse sentido:

A ciência, em seu mister fiscalizador em tempos de reforma, não se presta a conceder seu “incondicional apoio” a nenhuma proposta legislativa, eis que sua vocação consiste precisamente em verificar, em minudente escrutínio, a consecução técnica dos anseios político-criminais do legislador, por melhores que estes se apresentem (LEITE e TEIXEIRA, 2017, p. 10).

Corolário imediato disso é que, apesar da violação ao (sub)princípio da taxatividade, e enquanto não for, eventualmente, declaradas inconstitucionais as normas que padecem desses vícios, é função da Ciência Penal buscar meios de limitar essa indeterminação semântica dos tipos penais incriminadores. Conforme ZAFFARONI *et al* (2010, p. 20), “o saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito”.

É de rigor, então, admitir que a determinação, sobretudo no atual contexto inflamatório do Direito Penal na sociedade de riscos, não se resume ao texto normativo, mas engloba o processo e o resultado hermenêutico. Assim, “a norma será tida como indeterminada, ofendendo o princípio da legalidade, quando não permitir o desenvolvimento do processo hermenêutico de concretização das escolhas tipológicas expressas pelo legislador” (BECHARA, 2020, p. 139).

Portanto, a própria teoria do crime deve servir de alicerce para que se possa, ao interpretar e aplicar a lei, compensar as deficiências da escrita legislativa. Dentre as funções

¹¹ BECHARA (2020, p.134) tece crítica nesse sentido, dizendo que há “uma produção legislativa que de forma crescente contaria a exigência de determinação elaborando-se tipos penais incertos cuja aplicação se caracteriza por interpretações extensivas e mesmo pela analogia ‘*in malam partem*’, evidenciando o esvaziamento do conteúdo material da legalidade e, assim, sua concretização”.

assinaladas por TAVARES (2018) para a teoria do delito¹², encontra-se a função aqui crítica de demonstrar aos destinatários da norma penal o significado das condutas proibidas ou exigidas.

Por isso, passa-se a uma análise do conceito de crime conforme desenvolvido pelo Direito Penal para, posteriormente, buscar uma solução teórica específica para a análise da Lei de Abuso de Autoridade que, como se demonstrará, peca, por algumas vezes, na taxatividade típica.

3 O conceito de crime

O crime é um fato social que ocorre na vida de uma determinada pessoa e, por isso, é algo único e que não deveria ser dividido em tiras e tampouco reproduzido em laboratório. Assim, cada fato que se diz como crime é único e tem de ser analisado por si, “[c]ada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais” (TOLEDO, 1994, p. 79).

Ocorre que, conforme ressalta TOLEDO (1994), a ciência não é feita do particular e, por isso, não se pode prescindir de teorizações e abstrações que, em maior ou menor medida, acabam por conceituar o fenômeno criminal.

É nesse sentido que o crime e seu conceito sempre despertaram diversos debates acadêmicos, não só no campo da dogmática jurídica, mas também nos mais diversos campos das ciências. Entretanto, cada visão do fenômeno criminal tem sua própria visão do fenômeno criminal e leva em conta as peculiaridades e métodos de suas respectivas ciências.

Assim, por exemplo, pode-se citar a criminologia. Essa ciência empírica ganhou sua autonomia sobretudo com a escola positivista italiana e com Cesare Lombroso, médico e antropólogo que buscou a causa do crime sobretudo em aspectos médicos e hereditários. Posteriormente a ele, muitos estudos e escolas criminológicas foram desenvolvidos sob enfoques das mais diversas perspectivas científicas (BARATTA, 2016).

¹² TAVARES (2018, p. 28) entende que a teoria do delito é “forma de saber que se manifesta por meio de um processo de interpretação da lei, inicialmente, como ato de explicação e, depois, de decisão acerca dos elementos que podem constituir uma conduta criminoso”. A partir disso, pode-se ver que, conforme defendido no presente trabalho, a teoria do delito não é meramente retórica e tampouco apartada da lei, mas antes disso uma estrutura lógico-científica, apta a permitir que o intérprete (não somente o aplicador, mas qualquer um que esteja a analisar a lei) extraia do texto normativo um devido significado da conduta que deve ou não ser implementada para que não se tenha a aplicação de uma sanção penal.

Por isso, GONZAGA (2020, p. 20) assevera que, para o criminólogo, a análise do crime “deve ser bem mais ampla, e estudar o crime na sua concepção social” e não somente como um fato afrontoso à lei ou estabelecido mediante um juízo de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Nesse sentido, VIANA (2019) explicita que o conceito jurídico-criminal de crime é sensivelmente diverso dos demais, exatamente por conta da natureza abstrata da Dogmática Criminal e do aspecto valorativo do Direito Penal. Logo, para o autor o conceito de crime para as Ciências Penais é normativo formal.

Considerando que o presente trabalho busca tratar especificamente do Direito Penal, parte-se de uma análise dogmática do crime e, por conta disso, o conceito de crime é igualmente dogmático, ou melhor, normativo-abstrato.

3.1 Os conceitos de crime para o Direito Penal

Dos conceitos de crime mesmo dentro da dogmática penal, quatro são destacados dos demais: legal, formal, material e analítico.

Para o conceito legal, crime é aquilo que a lei diz que é, ou seja, um conceito dado pelo próprio legislador. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (conhecido como “Lei de Introdução ao Código Penal”) diz, em seu artigo 1º:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Entretanto, reclusão, detenção e multa são consequências da prática criminosa e não sua essência. Nesse sentido, TOLEDO (1994, p. 81) diz que a pena criminal, “ou a possibilidade de sua aplicação, não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito de crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado”.

Conceituar o crime a partir de cominação de penas é a mesma coisa que se conceituar a causa a partir do efeito, podendo-se inclusive chegar em um ponto tautológico em que se entenderá: *a)* o crime é a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; e *b)* a pena é a consequência do crime.

A partir dessa análise, chega-se a um ciclo sem fim. Portanto, conceituar o instituto (crime) a partir da consequência (reclusão ou detenção cumulada com ou não com multa) e a consequência como corolário do instituto é a mesma coisa que não se dizer nada.

Por isso é que se entende, conforme GRECO (2017), que a legislação não trouxe um conceito de crime, mas apenas um critério para que se possa distinguir o crime das contravenções penais.

Logo, considerando o caráter insuficiente do conceito legal de crime, o Direito Penal Brasileiro tem se atido aos conceitos doutrinários, classificados em três: o formal, o material e o analítico.

O conceito formal de crime o vê como uma afronta à norma penal incriminadora, restringindo-se o crime a ser uma ação humana praticada em face de uma lei posta pelo legislador. Entretanto, o conceito carece de uma complementariedade axiológica e teleológica, pois o Direito, como ciência da pacificação social, não se contenta com a lei ser seguida somente por ser a lei. Há no direito sempre uma “petição de princípio” e, com isso, a pergunta: “Por que essa conduta transgride a lei” (NORONHA, 2003, p. 96).

Por conta dessa carência de fundamentação é que se desenvolve o conceito material de crime que, ao invés de contrariar o conceito formal, o complementa até certa medida. O conceito material diz que crime é a ação humana que agride um bem jurídico penalmente tutelado ou o coloca em risco (TOLEDO, 1994).

Apesar de os conceitos formal e material de crime formarem um todo unitário e que permite entender parte da lógica penalista, são demasiadamente abertos e não fornecem aos aplicadores do direito um caráter sólido de aplicação da lei penal e de averiguação de quando ocorreu o crime ou não.

Assim, o conceito formal possui a primorosa função de demonstrar o caráter discricionário da função legislativa e de destacar o princípio da legalidade, mas pode ferir o princípio da lesividade. O conceito material consegue demonstrar o princípio da lesividade, mas traz consigo um conceito de delito natural (ZAFFARONI *et al*, 2010).

Necessitava-se, então, de um conceito que permitisse a percepção dos elementos do crime e que pudesse garantir segurança jurídica para o jurista, para a população e para o criminoso.

É nesse ponto que exsurge o conceito analítico de crime que, conforme ZAFFARONI (*et al*, 2010, p. 21), é o que “oferece às agências judiciais do sistema penal melhores e mais seguros elementos para, mediante um processo legalmente estipulado, decidirem sobre se habilitam ou não a passagem do poder punitivo”.

Na definição analítica se tem contribuições dos conceitos formais e materiais, mas traz consigo elementos a mais que permitem delinear com melhor precisão a possibilidade ou não da aplicação de uma sanção criminal.

De qualquer modo, o direito penal hodierno se consolidou, ao menos em sua maior parte¹³, como direito penal do fato e não direito penal do autor. Seguindo o Escólio de FIGUEIREDO DIAS (2007), dizer que o direito penal é atualmente do fato importa em duas consequências: regulação jurídico-penal liga a punibilidade de fatos e as sanções aplicadas são decorrentes dos fatos singulares.

Portanto, pode-se dizer que o conceito de crime é um conceito do que se entende por fato punível, sendo que o conceito analítico corresponde a um método categorial-classificatório que, ao longo do tempo, teve um desenvolvimento metodológico (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

3.2 Breve análise do conceito analítico de crime

Estabelecidas as bases dos conceitos de crime e do porquê o analítico é mais adotado atualmente, busca-se, a seguir, traçar um breve delineamento do crime a partir de seu viés analítico. Entretanto, cabe ressaltar que, pelo foco do presente trabalho não ser uma análise da história da teoria do delito¹⁴, analisar-se-á somente o necessário para que se possa enfrentar o problema principal do trabalho.

O conceito analítico de crime surgiu na dogmática alemã, ganhando sistematicidade com os estudos de Von Liszt e Beling¹⁵, ao elaborarem o que ficou conhecido como o conceito clássico de delito. Graças a esses autores, o conceito analítico do crime ganhou a

¹³ Diz-se que em sua maior parte é direito penal do fato, pois, no Código Penal algumas circunstâncias pessoais do agente são levadas em consideração para o fato punível. Nesse sentido é crime de receptação culposa (§3º do artigo 180 do Código Penal), em que se leva em consideração a pessoa do agente que a oferece como uma das formas de configurar o tipo penal.

¹⁴ A esse respeito, conferir, entre outros, ZAFFARONI *et all* (2010) e ROXIN (2003).

¹⁵ Não obstante, cabe menção ao fato de que o Direito Penal recebeu muitas influências de outras áreas do Direito, bem como de diversos outros autores. Nesse sentido, o conceito de ilicitude advém de Ihering (ZAFFARONI *et al*, 2010).

estrutura como é amplamente aplicada atualmente: uma ação afeta à tipicidade, ilicitude e culpabilidade (BITENCOURT, 2017).

A partir do conceito analítico o crime é entendido como sendo uma ação que recebe uma qualificação de três juízos lógicos e, entre si, decorrentes: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. “A culpabilidade – responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que antijuridicidade tem que estar, por sua vez, concretizada em tipos legais” (WELZEL, 2004, p. 69)¹⁶.

Apesar de ter sido sistematizado por Liszt e Beling, esse conceito evoluiu ao longo dos tempos, chegando ao modelo finalista com Hans Welzel nas décadas de sessenta e setenta.

O modelo finalista apresenta uma guinada na teoria do delito ao propugnar que se abandonasse um conceito meramente causal de ação humana e se adotasse um conceito baseado em uma visão ontológica-finalística. Assim, para WELZEL (2004, p. 41, tradução livre), a ação humana e, com isso, a teoria do delito devem se basear na ideia de que “o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, e atribuir, conforme um plano, à realização destes fins”.

Portanto, para o autor, não poderia haver uma ação voluntária sem a finalidade e, com isso, estabelece seu modelo teórico no sentido de que o crime é uma ação típica, ilícita e culpável, finalisticamente dirigida a alcançar determinados resultados (WELZEL, 1956).

Posteriormente ao finalismo surgiram outros sistemas que trabalharam a ideia do conceito analítico de crime, como o Funcionalismo Teleológico de ROXIN (2003) e o Funcionalismo Sistemático de Jakobs (apud BITENCOURT, 2017).

De tal sorte, pode-se apontar como preponderante quatro sistemas do delito, o causal, o neoclássico (ou neokantiano), o finalista e o funcionalista. Que, apesar de apresentarem diferenças sensíveis, variam, precipuamente, o conceito de ação e a estrutura de incriminação, mesclando elementos uns dos outros (TAVARES, 2018). Nada obstante, no Brasil, ainda se mostra majoritariamente a adoção do finalismo (ZAFFARONI *et al*, 2010).

¹⁶ Apesar de esse encaminhamento lógico ser utilizado pela maioria da doutrina penal, seja em qual sistema for, TAVARES (2018, p. 108) defende que tal lógica rígida deve ser reanalisada. Apesar de o autor não abrir mão dos elementos da tipicidade, ilicitude e da culpabilidade, diz que, a partir de uma análise que leva em conta o sujeito e de uma lógica paraconsistente, “as sequências lógicas dos elementos do delito nem sempre devem prevalecer”, mas antes podem ser realocadas para melhor humanizar o Direito Penal e dar primazia ao sujeito de direitos.

Nada obstante, é de perceber que todas essas construções dogmáticas não buscaram somente substituir as pretéritas, mas antes procuraram superá-las. Por isso, no sentido como informa JESCHECK e WEIGEND (2002), as teorias não se afastaram completamente umas das outras, continuando a existir elementos comuns entre elas.

Sem embargos, pode-se perceber que o crime é, na maioria de suas conceituações¹⁷, apesar de algumas variações de alocamento de elementos, estruturado por um conceito composto dos seguintes elementos: conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade¹⁸. É nesse sentido que assevera TAVARES (2018, p. 99):

A doutrina penal contemporânea reconhece quatro elementos integrantes do delito: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A sedimentação dos elementos do delito em etapas implicou, por seu turno, a identificação e a separação de suas características básicas.

A partir dessa separação das características básicas é que serão analisados os elementos delitivos da tipicidade e ilicitude e sua relação, sob a forma do que se denomina de injusto penal, a fim de se poder buscar uma substância para a taxatividade.

4 O injusto penal e a relação entre tipicidade e ilicitude

A incriminação e a legislação penal recaem sobre uma conduta. Extraíndo-se do texto Constitucional brasileiro, mais precisamente do artigo 5º, inciso II, pode-se dizer que conduta constitucionalmente criminalizante é a ação ou a omissão, pois a lei pode obrigar uma pessoa a fazer ou deixar de fazer algo (Zaffaroni *et al*, 2010).

Entretanto, a conduta, *per si*, é indiferente ao Direito Penal, de maneira que a ordem jurídica não se preocupa somente com o natural, este serve como o substrato empírico das normas (TAVARES, 2018). A conduta, para ser reconhecida e processada pelo dinamismo jurídico, deve ser prevista em lei penal de maneira a ser tida por proibida ou por obrigatória.

Conforme anteriormente aludido, a legalidade determina que a lei deve descrever precisamente a conduta preocupante ao direito penal, o que vem a caracterizar o tipo penal. Porém, a previsão típica da conduta é somente um dos primeiros passos, pois tem ela de ser contrária ao ordenamento jurídico como um todo, o que se chama de ilicitude.

¹⁷ Nesse sentido estão BITENCOURT (2017), GRECO (2017), NORONHA (2003), TOLEDO (1994).

¹⁸ Cabe pontuar, entretanto, que há posições que aparecem em menor tamanho na doutrina que propugnam um conceito bipartido de crime, o qual propugna que o crime seria o fato típico e ilícito, ficando a culpabilidade como pressuposto de aplicação de pena. Nesse sentido, no Brasil, são as lições de MIRABETE e FABBRINI (2016) e de JESUS (2017).

Essa conjugação da descrição de uma conduta penalmente relevante (tipo penal) à contrariedade com a ordem jurídica (ilicitude) resulta no que se chama de injusto penal (TAVARES, 2018).

A fim de se analisar mais detidamente essa relação, analisar-se-á a tipicidade e a ilicitude separadamente para, em seguida, perscrutar sua relação.

4.1 O tipo e a tipicidade

A noção de tipo vem, da forma como é normalmente tratada, da dogmática alemã, mais especificamente da palavra *tatbestand*, que foi utilizada em vários contextos por aquela região do planeta. Notadamente a expressão pode se referir tanto a um pressuposto fático (o acontecimento concreto ocorrido no mundo) quanto a um pressuposto legal (modelo legal, geral e abstrato) (ZAFFARONI *et al*, 2010).

De maneira aproximativa, poderia ser identificada essa diferenciação do modo como a doutrina tributária trabalha as ideias de hipótese de incidência, como a previsão abstrata (o que poderia ser o *tatbestand* legal), e fato gerador, concretização da hipótese no plano fático (*tatbestand* concreto) (PAULSEN, 2019).

Ocorre que, na doutrina e dogmática penal, vingou a expressão *tipo* como a hipótese de previsão legal, sendo abandonado a ideia de tipo como fato concreto. Dessa maneira, apesar de algumas variações, o tipo vem a ser conceituado como o conjunto de elementos, previstos em lei, necessários para que reste configurado o crime. Pode-se chegar a essa conclusão a partir de alguns conceitos extraídos da doutrina:

“Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. [...]. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido” (BITENCOURT, 2017, p. 354).

“São tipos as fórmulas que a lei emprega para caracterizar os pragmas conflitivos a cujas condutas cominou pena” (ZAFFARONI *et al*, 2010, p. 125).

“A doutrina denomina tipo ao conjunto de elementos que definem, legalmente, a conduta criminosa [...]” (TAVARES, 2018, p. 101).

JESCHECK e WEIGEND (2002, p. 264, tradução nossa) inclusive dizem que o conceito de tipo é, por eles, utilizado como uma descrição legal do injusto típico (como tipo de injusto), mas mais restritamente é a “soma de elementos que tomam parte na função garantista da Lei penal”.

Percebe-se, assim, que a doutrina adota a ideia de tipo como descrição abstrata, pelo legislador, do fato considerado como penalmente relevante, a fim de individualizar a conduta considerada como de relevância para a ordem jurídica¹⁹.

A partir de WELZEL (2004) e de sua estrutura final da ação, o tipo penal passou a ser concebido como vinculado à realidade ontológica e a um aspecto lógico-objetivo, pois, como o tipo é descrição legal da conduta, depende precipuamente do universo do ser. Assim, seria, para ele, a atuação legislativa em construir o tipo condicionada pela conduta final.

Entretanto, como aponta BECHARA (2020, p. 168), Welzel incorre em uma falácia jusnaturalista de que o ser alcança o dever-ser. Entretanto, “a natureza da coisa (a finalidade da ação) não impõe uma solução concreta no âmbito jurídico, mas apenas fixa um marco, objeto de exame normativo, no âmbito da imputação objetiva”.

Sem dúvidas, a ideia de Welzel importou em uma transformação profunda na teoria do delito, transmitindo o dolo e a culpa (*stricto sensu*) para a tipicidade, mas o *ontologismo* welzeliano desemboca em um inflexível conceitualismo que amarrariam o legislador (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Em um Estado de Direito em que se está acostumado com ficções jurídicas e decisões pontuais e casuísticas do legislador²⁰, afirmar ser o tipo penal um mero espelho da realidade e do ontologismo humano é desconsiderar os séculos de evolução do Direito e a própria ideia, exposta por REALE (2002), de que um fato somente é jurídico quando *incorporado* pelo Direito.

ROXIN (2003), partindo de uma vertente de teleológica funcional, defende que os conceitos de Welzel, inclusive o de finalidade, somente pode ser visto por um prisma normativo. Partindo da ideia de imputação objetiva, BECHARA (2020, p. 170) explica os pensamentos de Roxin:

¹⁹ JESUS (2015, p. 301), inclusive ao discorrer sobre a distinção sobre o tipo penal e o fato concreto, diz que “o tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta, que variam de um para outro”.

²⁰ No sistema penal nacional pode ser apontada como decisão pontual do legislador a decisão do artigo 181 do Código Penal, ao dizer que estão isentos de pena, nos crimes patrimoniais não cometidos por violência ou grave ameaça, os cônjuges, na constância da sociedade conjugal. Um caso de um casal que possui como regime patrimonial a separação convencional de bens, na forma da lei civil, é certo que cada um possui um patrimônio jurídico separado, mas caso um dos cônjuges subtraia quantia do outro, poder-se-ia considerar o crime de furto, pois, de fato, houve subtração de patrimônio alheio. Entretanto, por expressa previsão legislativa, está o cônjuge isento de pena.

[...]. Assim, indo além da esfera da dogmática jurídico-penal para traduzir problemas sociais fundamentais, o processo dogmático da concepção do risco acaba por favorecer a introdução de questionamentos político-criminais na intervenção penal, fazendo com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, abra-se para a realidade.

Portanto, conforme ROXIN (2003), suas ideias abrem espaço para que o tipo penal se relacione com a atividade legislativa a partir de um ponto de vista político-criminal e sua relação com a própria realidade. Dessa maneira, o tipo possui uma natureza sistemática, a ser compreendida teleologicamente (BECHARA, 2020).

O tipo penal, enquanto âmbito de conformação legislativo-normativa e descrição da conduta ilícita, consubstancia o princípio da ilicitude, pois serve ele como uma dupla face de Jano: se por um lado ele prevê abstratamente a conduta típica, por outro ele a delimita, conformando tanto o âmbito da ação proibida quanto os limites interpretativos dos aplicadores do direito (BECHARA, 2020).

Isso posto, pode-se diferenciar conduta concreta de tipo, sendo a tipicidade a relação entre ambos, ou melhor, uma característica da conduta que é valorada tendo por base o tipo legal (ZAFFARONI *et al*, 2010).

A tipicidade, como primeira etapa do conceito analítico de crime, é a característica da conduta após receber a valoração axiológica determinada pela lei penal abstrata, conduzida pela análise de seus pressupostos materiais e formais. Por isso, apesar de umbilicalmente ligados, tipo e tipicidade não devem se confundir²¹. Parece ser esse, inclusive, o escólio de BITENCOURT (2017, p. 355 e 356):

Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de tipicidade. No entanto, *a contrario sensu*, quando o juízo de *tipicidade* for negativo estaremos diante da *atipicidade* da conduta [...]. [...]. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura da infração contida na lei penal incriminadora.

Uma vez verificada a distinção entre tipicidade e tipo penal, percebe-se com maior facilidade a possibilidade de uma conduta, aparentemente subsunta ao tipo legal, não perdurar ao crivo de tipicidade, pois o juízo a que ela se submete não se limita à descrição normativa, mas vai além, carecendo de legitimação material.

Essa construção pode ser vista desde a concepção neoclássica de delito, em que a tipicidade deixou de ser vista como mera “descrição formal-externa de comportamentos, mas

²¹ Apesar do aqui esposado, é importante ressaltar que TAVARES (2018) entende que a distinção entre tipo e tipicidade é mais relevante academicamente do que em um viés prático.

materialmente como uma unidade de sentido socialmente danoso, como comportamentos lesivos a bens jurídicos protegidos” (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 243).

É nesse sentido que a doutrina atual aponta uma dupla qualificação do juízo de tipicidade que, apesar de não deixar de deixar de ser uno, pode ser subdividido em tipicidade formal e material:

[...] evoluiu-se, através dos anos, para uma concepção material que vê no tipo uma dupla ordem de valoração. A primeira consiste no juízo de desvalor ético-social que está na origem da própria elaboração do tipo. A segunda está na carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento (TOLEDO, 1994, p. 127).

ZAFFARONI *et all* (2010) justificam essa função material a partir da necessidade de conflitividade, sendo necessária uma lesividade, que se encontra verificada quando: afeta um bem jurídico; de maneira substancial; não incidam normas que recortem o alcance proibitivo da norma.

Pode-se dizer, ademais, que essa construção é corolário do entendimento atual de que o bem jurídico é a base da estrutura e da interpretação dos tipos peais. “No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto” (BITENCOURT, 2017, p. 358 e 359).

A respeito da lesividade a bens jurídicos e tipicidade material, são concepções adotadas atualmente pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE UMA MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVO DESPROVIDO. [...]. 2. Considerando a reincidência do Acusado (condenação anterior pela prática do crime de tráfico de drogas) e o contexto em que se deu a apreensão de 1 (uma) munição calibre .32 - o Agravante também foi surpreendido na posse de 2 (duas) porções de maconha, com massa bruta total de 595g (quinhentos e noventa e cinco gramas), uma porção de "skank", outra de haxixe e mais 9 (nove) porções de maconha, além de apetrechos típicos do comércio ilícito de drogas, como rolos de plástico para embalagem e balança de precisão -, **não se pode dizer que a conduta é atípica, por ausência de tipicidade material, pois essas circunstâncias revelam maior reprovabilidade da conduta.** [...]. (AgRg no HC 579.593/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 17/09/2020, *grifo nosso*)

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00

(EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.** - **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.** O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - **O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material.** Doutrina. Precedentes. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (HC 115246, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 25-06-2013 PUBLIC 26-06-2013, grifo nosso)

Em síntese, a tipicidade se mostra como juízo que recai sobre a conduta do agente que deve obedecer a duas ordens: uma formal, quando a conduta deve se adequar à moldura delitiva; uma material, representada pela lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

4.2 A ilicitude

Como segunda etapa do conceito analítico de crime, seguindo a metodologia categorial-classificatória, encontra-se a ilicitude, também denominada por muitos de antijuridicidade. Entretanto, conforme aponta TOLEDO (1994), antijuridicidade é um termo que parece equivocado para se referir ao aspecto do crime.

Conceitualmente, antijurídico é a característica de algo que, ao invés de estar em confronto com a lei, está em confronto com o âmbito jurídico de uma maneira geral. Assim, considerando ser o crime, ou ao menos seu conceito analítico, aqui examinado, uma criação jurídica, dizer que ele é antijurídico seria um paradoxo.

Conforme esclarece REALE (2002), o Direito tem suas origens em fatos, os quais servem de base para o enlace de uma significação jurídica. Não obstante, o fato jurídico não

é aquele simplesmente bruto, avalorado, mas antes um fato capturado pelo dinamismo do Direito, um evento qualificado “ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente” (REALE, 2002, p. 200).

Nesse sentido, considerando a teoria do crime atual, o Direito Penal é um Direito Penal do fato e não do autor, ou seja, toma-se como base valorativa os fatos praticados pelo agente e não sua pessoa ou estado de ser. Portanto, o atual Direito Penal extrai o crime e o emoldura na lei penal (tipicidade formal) com base em fatos que, tendo sido qualificados pelo legislador como digno de pena, estão no dinamismo das ciências jurídicas. Destarte, o crime é um fato jurídico.

O crime, como fato jurídico, não pode ser antijurídico, mas pode ser ilícito. A classificação de atos jurídicos ilícitos na Teoria Geral do Direito e do Direito Privado já se encontra bem sedimentada. Percebe-se, inclusive, que o ato ilícito é desconforme à ordem jurídica posta, mas nela existente, pois inclusive gera efeitos jurídicos, é o ato ilícito criador de “deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem” (PEREIRA, 2017, p. 547).

Assim é que, no presente trabalho, considera-se o crime como fato jurídico, mas, por ser contrário ao ordenamento, é considerado dentro da tipologia dos atos jurídicos ilícitos. Não é outra a constatação, com base em tal premissa, que a ilicitude é uma relação que se atribui ao fato típico que se encontra em contradição com o que prima o ordenamento jurídico, mas é por ele compreendido e processado (TOLEDO, 1994).

A ilicitude, vista dessa maneira, pode ser classificada de maneira formal ou material. Formalmente é o fato típico realizado sem estar acobertado por uma das causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal. É, assim, uma contrariedade a uma proibição ou mandamento legal (ROXIN, 2003).

Porém essa mera aferição de contrariedade não se encontra consentânea com a formulação pós-positivista que hoje se prima ao Direito. BARROSO (2018b) explica que a superação do formalismo jurídico e a chegada do pós-positivismo acarreta a aproximação do Direito com os valores morais (na busca de justiça e valores éticos) e políticos (legitimidade democrática e busca do fim de bem comum).

Ilicitude, portanto, carece de um aspecto material, pois cada infração de uma norma importa no menoscabo da confiança e suporte ao ordenamento. JESCHECK e WEIGEND (2002) dizem, então, ser a substancia ou a acepção material de ilicitude o menoscabo ao bem

jurídico protegido pela norma, ou, conforme ROXIN (2003), uma intolerável nocividade social.

Consequentemente, a contrariedade ao direito – essência do conceito em exame – se caracterizará fundamentalmente por dois pressupostos, a saber: primeiro, a existência de uma conduta voluntária na origem, positiva ou negativa (ação ou omissão), em antagonismo com o comando normativo (fazer o que está vedado ou não fazer o que está determinado); segundo, a existência concomitante de possíveis ou reais consequências danosas, sobre o meio social, dessa mesma conduta (lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado) (TOLEDO, 1994, p. 163).

Com base nessa concepção material de ilicitude que se pode extrair, para além das excludentes previstas no Código Penal, causas supralegais de justificação, como se tem como a manifestação volitiva do ofendido (consentimento) no sentido de querer ou aceitar o ataque a seu bem jurídico, desde que o dissenso não esteja previsto no tipo formal (BITENCOURT, 2017).

Acerca da ilicitude há uma semelhança, ou melhor, confluência dela com a tipicidade material, considerando que ambos os juízos se apoiam no bem jurídico. A partir disso, deve-se analisar a relação entre a tipicidade e a ilicitude, as quais, conjuntamente, formam o injusto penal.

4.3 A relação entre a tipicidade e a ilicitude

A relação do tipo e da tipicidade é um assunto controverso, mas que remonta à própria evolução da teoria do delito, por isso, deve-se fazer uma análise evolutiva até o estado atual da arte para, assim, buscar chegar a uma conclusão.

Inicialmente, com o sistema clássico de Liszt-Beling, o tipo possuía um caráter exclusivamente descritivo e objetivo, sem qualquer relação com a ilicitude e a culpabilidade. Essa fase, chamada por JESUS (2017) de fase de independência ou primeira fase, tinha finalidade precípua de definir delitos.

Nesse primeiro momento, o tipo penal não possuía elementos normativos e tampouco subjetivos, mas somente as circunstâncias objetivo-descritivas neutras, aptas a desenhar uma conduta. Em termos axiológicos e valorativos, não apresentava significação jurídica, o que o afastava da ilicitude (BECHARA, 2020)²².

²² Vale ressaltar que o próprio Beling, reconhecendo críticas, reformulou parte de seus pensamentos e reconheceu a presença de elementos normativos e subjetivos no âmbito do tipo penal, mas, mesmo assim, afirmava eles terem função somente descritiva, somente delineando o campo da antijuridicidade (JESUS, 2017; BECHARA, 2020).

A redução da tipicidade a um mero juízo lógico-formal de subsunção se demonstrava em conformidade com o positivismo científico seguido pelos autores da vertente clássica, mas não havia harmonia com as ideias axiológicas, valorativas e sociais. Esquecia-se da unidade de sentido social da humanidade, igualando, no feliz exemplo de FIGUEIREDO DIAS (2007), a conduta do cirurgião que salva a vida de um paciente à do agente que dá causa a uma lesão incisa por vingança.

A partir dessa percepção de insuficiência, o sistema neoclássico, aproveitando uma filosofia de valores de origem neokantiana, reanalisa a figura do tipo enquanto mera descrição (mera abstração do mundo do ser) e transporta para uma região intermediária do ser e do dever-ser (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Essa concepção voltada a valores surgiu na chamada escola de Baden ou sudocidental alemã, em que se procedeu à distinção entre ciências da natureza e ciências da cultura. As ciências da natureza seriam as que possuem um objeto despido de valores e de sentido, alcançável pela mera percepção. As ciências da cultura, ao contrário, possuem objeto referido a valores e por eles dotados de significação, o que pressupõe, antes de simples percepção, a própria compreensão. Cultura seria tudo o que “ganha sentido e significado para o homem pela sua referencia a valores reconhecidos como tais” (HORTA, 2016, p.32).

Os neoclássicos, tomando o Direito como ciência da cultura, conjugaram a premissa neokantista de que os valores são o que conferem sentido e significado ao direito. Concluiu-se que o que se encontra no âmbito jurídico perde sua pureza naturalística descritiva, sendo remetido necessariamente a valores (HORTA, 2016).

Disso resultou o pensamento de que a concepção meramente descritiva e externalizadora do tipo penal não era a metodologicamente mais adequada, ou seja, precisava-se incorporar ao tipo os valores, classe que, apesar de variar seu conteúdo ao longo do tempo, está presente na própria história humana. Visa-se agora a conduta humana a partir do objeto legislativo, abrindo-se espaço para a normatização geral do direito penal (BECHARA, 2020).

É nesse âmbito que surgem dois dos pensamentos que influenciaram sobremaneira a relação entre tipicidade e ilicitude: a ideia de tipo como *ratio cognoscendi* de Mayer e o pensamento de tipo como *ratio essendi* de Mezger.

A segunda fase da relação entre tipicidade e ilicitude foi representada por ser aquela o caráter indiciário dessa última. Formulada por Mayer, aumentou-se o campo conceitual da tipicidade ao admitir elementos normativos e subjetivos no tipo penal (JESUS, 2017). O autor

ainda definia o fato criminoso como típico, ilícito e culpável, mas, apesar de separadas, a tipicidade é em si o caráter indiciário da tipicidade. Estar-se-ia, para se valer de uma metáfora, de uma fumaça (a tipicidade) e o fogo (ilicitude), mas poderia ocorrer de onde houvesse fumaça não houvesse o fogo (BECHARA, 2020; HORTA, 2016).

É preciso ressaltar, porém, que Mayer não rompe completamente com os pensamentos de Beling e, ao reconhecer os elementos normativos do tipo penal, ainda os vê como exceção aos elementos do tipo, seriam estranhos a ele. Elementos normativos, para ele, são partes integrantes da ilicitude por não serem compreensíveis e não perceptíveis. Logo, fariam tanto parte do tipo como da ilicitude (REALE JUNIOR, 2012).

Assim é que Mayer, partindo dos pressupostos neokantistas, entende que os elementos normativos são antecipações de valorações jurídicas típicas do juízo de ilicitude e, por isso, seriam deturpações do sistema. Como explica HORTA (2016, p. 39), para Mayer “[o]s elementos normativos não compõem a *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas são sua *ratio essendi* e, portanto, pertencem à ilicitude mesma, como sua essência”. Teriam eles, portanto, um pé na ilicitude e outro pé na tipicidade, estritamente ligados às valorações da ilicitude e às circunstâncias do fato.

A outra conclusão chegou Mezger, mesmo que partindo ainda das bases neokantistas, igual a Mayer. Com Mezger se inaugurou o que JESUS (2017) chamou de terceira fase da relação tipicidade/ilicitude, a chamada *ratio essendi*. Nessa concepção o crime é entendido como conduta tipicamente ilícita e culposa. Tipicidade e ilicitude aqui se unem e formam um completo.

Para a teoria da *ratio essendi*, o fundamento da ilicitude é a própria lei penal e, nesse aspecto, o tipo seria o próprio resultado da valoração jurídica do legislador e, por isso, a própria essência da ilicitude (REALE JUNIOR, 2012). Para Mezger, o tipo é uma expressão legal da ilicitude e, por isso, “não apenas os elementos típicos normativos, mas todos os demais, como seus requisitos positivos e conformadores da sua *ratio essendi* (HORTA, 2016, p. 39).

O legislador, ao construir o tipo penal, já realizaria, de *per si*, a valoração de ilicitude da cota prescrita ou ordenada. A partir dessas ideias se construiu a chamada teoria dos elementos negativos do tipo penal²³, criação na qual se buscava eliminar a tensão entre causas

²³ Vale aqui ressaltar uma diferença entre a proposição de Mezger e daqueles que adotam a teoria dos elementos negativos do tipo, sobretudo Merkel: as ideias de Mezger subordinam a tipicidade à ilicitude, ao passo que a

de justificação e a ideia de unidade de ilicitude e tipo penal. Entende essa teoria que as causas excludentes de ilicitude, na verdade, eliminam a própria tipicidade, enquanto o tipo total de injusto engloba a ilicitude (BECHARA, 2020)²⁴.

BECHARA (2020) faz críticas pertinentes à teoria dos elementos negativos do tipo penal: *a)* a teoria dos elementos negativos do tipo toma as excludentes de ilicitude como exceção à incriminação, o que não mostra consentâneo com a ideia de tipo enquanto garantia, pois as excludentes de ilicitude não são exceção, mas sim limitações concretas ao poder abstrato de punir, bem como o tipo penal representa limitação abstrata ao mesmo poder; *b)* a ideia de causas supralegais ou gerais de excludente de ilicitude incluem no tipo penal elementos estranhos ao próprio Direito Penal, procedentes de outros ramos informados por diretrizes e princípios diversos.

As ideias finalistas de WELZEL (1956 e 2004) o levaram a entender a tipicidade como a realização da ação finalisticamente dirigida ao fim criminoso e subsumida ao tipo penal abstrato. Para ele, a tipicidade é um indício da ilicitude, pois há uma “sequência de juízos negativos de desvalor sobre a conduta e o resultado: primeiramente, um juízo provisório de antinormatividade; depois, um juízo definitivo de antijuridicidade” (TAVARES, 2018, p.171).

Ao tecer as críticas à concepção finalista de Welzel, ROXIN (2003), no entanto, mantém a distinção entre tipicidade e ilicitude, mas reconhece sua intrínseca relação sob o denominado injusto penal. ROXIN (2003) justifica a separação entre tipicidade e ilicitude a partir das diferenças de conteúdo e de legalidade quando da negativa de uma ou de outra das estruturas do delito (BECHARA, 2020).

O reconhecimento da autonomia entre tipo e antijuridicidade como categorias próprias do delito não reside, portanto, simplesmente, em seu sentido de partes do injusto, e sim na diferença entre ambos do ponto de vista valorativo, haja vista o caráter fechado e específico do tipo (em estrita aplicação do princípio da legalidade), de um lado, e o sentido geral e aberto das causas de justificação, cujo alcance vai além do Direito Penal para estruturar-se concretizando princípios de ordem social, de outro (BECHARA, 2020, p. 172).

teoria dos elementos negativos do tipo realizam o inverso, subordinam a ilicitude à tipicidade (TAVARES, 2019).

²⁴ Dentre os doutrinadores nacionais, REALE JUNIOR (2012, p. 145) entende como acertada e adota as teorias do elemento negativo o tipo penal, defendendo sua tese com o seguinte argumento: “Se se pretendesse 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”.

ROXIN (2003) entende que, tomando como base o injusto penal, a tipicidade seria é a *ratio essendi* do pertencimento do comportamento a ele, mas quanto a ilicitude, representa somente sua *ratio cognoscendi* na concretude do caso.

Assim, o autor alemão, sob o pálio do injusto, coloca tanto tipicidade quanto ilicitude. Na tipicidade elenca a ação típica, desdobramentos causas, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e a imputação com base na teoria da imputação objetiva e na criação ou majoração de riscos. Já na ilicitude elenca as causas de justificação da conduta (TAVARES, 2018).

Ao se considerar as deficiências das construções de Mezger e dos elementos negativos do tipo, bem como o falacioso ontologismo welzeliano, entende-se como a mais acertada a proposição de ROXIN (2003), pois engloba os procedimentos político-criminais e, para a presente pesquisa, é caracterizada como a mais apta a incorporar a legalidade na tipicidade, reconhecendo a influência da política legislativa no âmbito da descrição típica da ação.

Assim, adota-se o seguinte posicionamento a respeito da relação de tipicidade e ilicitude: o tipo penal, enquanto construção abstrata e fechada, em obediência à legalidade; e a ilicitude, enquanto limite concreto do poder punitivo estatal e aberta, relacionada a princípios de ordem social. Não obstante a separação e diferenciação de ambas, a tipicidade é indiciária de ilicitude e constitutiva do injusto, o qual abriga tanto a primeira quanto a segunda.

De qualquer modo, é de se perceber que a partir dos desenvolvimentos neokantistas, o juízo de tipicidade, antes puramente descritivo com Beling, ganha relações com a ilicitude, passando a apresentar elementos normativos no bojo dos tipos penais produzidos pelo legislador.

Os elementos normativos, que atualmente se multiplicam nas descrições típicas atuais por conta de um expansionismo penal da sociedade de risco e de novidades tecnológicas, importa em certa abstração e normatização dos tipos penais quando não cuidadosamente analisados (BECHARA, 2020).

Nesse caminho, essa relação de tipicidade e ilicitude no âmbito do tipo pode gerar imbróglis para a taxatividade da lei penal o que, em uma perspectiva de garantimos integral, tanto fornece uma dose de incerteza para a população que pode ser acusada, quanto possíveis déficits de aplicação em casos que deviam ser, tornando os bens jurídicos vulneráveis.

No entanto, ao se considerar, conforme elucidado alhures, que a verdadeira delimitação da certeza penal, no atual cenário da construção típica, enquanto construção de discursos que podem receber diversos significados valorativos, demanda não somente atuação legislativa clara, mas também esforço de dogmática, a doutrina penal cumpre aspecto essencial para se evitar a violação à taxatividade.

Por conta disso, busca-se a seguir explorar um dos elementos normativos do tipo penal que mais problematizam a relação entre tipicidade e ilicitude: os elementos de valoração global do fato. Com a análise a seguir se pretende chegar a um mínimo conceitual hábil a permitir interpretações mais taxativas dos tipos penais que contêm esses elementos.

5 Os elementos de valoração global do fato

O tipo penal é descrição abstrata de conduta criminosa, representando suas características e propriedades que a tornam típica. A partir disso, é de ser perceber que o tipo é, *a priori*, abstrato e não se confunde com a ilicitude, pois ilícita não é a conduta abstrata, mas sim aquela concreta, não amparada pelas justificantes (HORTA, 2018).

Entretanto, o tipo penal também é baseado pela Política Criminal e construído pelo legislador, mediante significados do discurso. O legislador, que é quem escreve o tipo penal, pode não seguir o rigorismo dogmático de separação de descrição abstrata de conduta, de um lado, e a valoração concreta dessa conduta, de outro. Nesses casos é que se pode vislumbrar tipos penais dotados dos elementos de valoração global do fato²⁵.

Os elementos de valoração global são uma espécie de elementos do tipo²⁶ criados por ROXIN²⁷ (2003) ao observar que, por vezes, o legislador se vale de elementos que a um só tempo descrevem elementos do tipo e elementos da ilicitude.

Trata-se de expressões contidas no tipo penal que indicam os “pressupostos objetivos do fato incriminado e que, simultaneamente, também fazem referencia à valoração concreta de uma realização particular desse fato como injusta ou ilícita” (HORTA, 2016, p. 51).

²⁵ ROXIN (2003) explica com um exemplo de que o legislador, teoricamente, ao invés de descrever com precisão a conduta abstrata do furto, poderia ter colocado no tipo a necessidade de um prejuízo patrimonial reprovável e deixar à cargo da própria jurisprudência a elaboração dos requisitos.

²⁶ A respeito de uma sistematização dos elementos do tipo, pode-se colocar os elementos de valoração global do fato dentro da categoria de elementos normativos do tipo penal, ao lado dos elementos teóricos, cláusulas gerais e normas penais em branco. A esse respeito conferir BECHARA (2020).

²⁷ Roxin, ao desenvolver a teoria dos elementos de valoração global do fato, o faz em crítica às ideias de Welzel e Kaufmann quando elaboram, respectivamente, as teorias dos tipos abertos e dos elementos de dever jurídico. Conferir sobre a crítica ROXIN (2003), HORTA (2016) e BECHARA (2020).

Dessa forma, os elementos de valoração global do fato realizam uma flexibilização da teoria tripartite do crime, pois incorpora no corpo do tipo a antecipação de juízo de injustiça da conduta concretamente realizada, influenciando na separação de juízo de tipicidade (valoração da conduta enquanto se subsume ao tipo abstrato) e a ilicitude (em face de ausência de causas de justificação e de intolerável nocividade social).

Há uma superposição entre os juízos de tipicidade e ilicitude, pois os elementos de valoração global compõem expressões que coincide com a própria valoração do injusto, antecipando a própria percepção de nocividade social intolerável (HORTA, 2016; BECHARA, 2020).

Nas palavras do próprio ROXIN (2003, p. 300, tradução nossa):

nos tipos com elementos de valoração global do fato todas as circunstâncias materiais relevantes para processar a ilicitude (incluindo a ausência dos requisitos das causas de justificação) são elementos do “tipo global”; e somente a valoração definitiva [...] deve estabelecer-se na ilicitude.

Entretanto, o autor alemão não renuncia à divisão tripartite do delito, advertindo que, apesar de a separação dos juízos ter sido flexibilizada e juízos de ilicitude terem sido antecipados no tipo penal, deve-se decompor os elementos de valoração global do fato: “todos os pressupostos da valoração global do fato (tanto positivos quanto negativos) pertencem ao tipo, mas a própria valoração do conjunto corresponde ao elemento ‘ilicitude’” (ROXIN, 2003, p. 300 e 301).

Nesse caso, as circunstâncias materiais que revelam a ilicitude, inclusive os requisitos (ou sua ausência) das causas de justificação (excludentes de ilicitude), compõem o “tipo global”. Por isso, “são compreendidos como elementos de valoração global do fato, não apenas aqueles que indicam a ilicitude formal, mas também os que designam o valor que a orienta, isto é, a ilicitude material” (HORTA, 2016, p. 79).

O reconhecimento de que o adiantamento de juízo de ilicitude também pode ser em sua vertente material importa que os elementos de valoração também podem ser constituídos a partir de conteúdos morais e éticos. “Mais do que os pressupostos de contrariedade a um preceito isolado, eles contem em si todas as circunstâncias determinadas da contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico tomado em seu conjunto” (HORTA, 2018, p. 322).

Tomando por base as lições de BECHARA (2020) e HORTA (2016 e 2018), pode-se citar alguns exemplos de tipos penais no ordenamento jurídico nacional que são compostos de elementos de valoração global do fato, dentre eles: os artigos 151 e 319 do Código Penal

quando empregam a expressão “indevidamente”; o artigo 174 da Lei n. 11.105/05 ao empregar o termo “ilicitamente”; artigos 154 e 244 do Código Penal, bem como o artigo 7º, I da Lei n. 8.137/90, ao empregarem o termo “sem justa causa”, entre outros.

5.1 Erro quanto aos elementos de valoração global do fato

A partir da superposição de juízo de tipicidade e ilicitude, resta fragilizada a teoria analítica tripartite, de modo que o próprio erro do agente quanto aos elementos de valoração global do fato deve ser analisado com cautela.

Para que se possa chegar a uma conclusão mais consentânea quanto ao erro sobre esses elementos, deve-se lembrar que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 20, §1º, adotou a teoria limitada da culpabilidade²⁸.

Conforme tal teoria, tem-se de distinguir os erros de proibição direto, indireto e o erro de tipo permissivo (TOLEDO, 1994): *a)* o erro de tipo permissivo ocorre quando agente erra sobre os pressupostos fáticos de uma causa excludente de ilicitude, nos termos do §1º do artigo 20 do Código Penal; *b)* o erro de proibição direto é quando o agente erra sobre o objeto da lei penal (artigo 21 do Código Penal); *c)* o erro de proibição indireto é ocorre quando o agente acredita existir uma causa de exclusão de ilicitude ou erra sobre os limites de uma causa de justificação (BITENCOURT, 2017).

A distinção de cada erro não é puramente acadêmica, mas encontra consequências práticas por conta de seus efeitos. O erro de proibição, direto ou indireto, pode excluir a culpabilidade ou a reduzir, caso seja evitável ou não; já o erro de tipo, quando inevitável, exclui o dolo e a culpa em sentido estrito, mas quando evitável exclui somente o dolo, deixando intacta a culpa em sentido estrito (BITENCOURT, 2017).

Delimitadas tais premissas, deve-se enfrentar o erro quanto aos elementos de valoração global do fato. Considerando, conforme ROXIN (2003), a divisão desses elementos entre pressupostos materiais do juízo de ilicitude e a própria valoração em si, o erro será de tipo quando versar sobre um pressuposto material que descreva ou fundamente o ilícito, mas será de proibição quando versar sobre a própria valoração e definição do caráter de ilícito (BECHARA, 2020).

²⁸ A respeito do erro no direito penal brasileiro e da discussão entre qual teoria foi adotada pelo legislador pátrio, conferir, dentre outros, TOLEDO (1994), BITENCOURT (2017), TAVARES (2018) e HORTA (2016).

Em síntese, o erro quanto aos próprios pressupostos materiais da valoração global do fato, sejam eles positivos ou negativos, configura erro de tipo, ainda que se refira aos pressupostos de uma causa de justificação; ao passo que, se o autor conhecer todos os pressupostos materiais de sua atuação, mas realize uma valoração jurídica errada, estará em erro de proibição (ROXIN, 2003).

Uma vez elucidado o conceito de elementos de valoração global do fato e como se dá o erro, seja de tipo seja de proibição, quanto aos mesmos, cabe analisar, por fim, a Lei n.º 13.869 de 2019 sob a perspectiva dos elementos de valoração global do fato.

6 A Lei n.º 13.869 de 2019 e os elementos de valoração global

A Lei n. 13.869 de 2019, conhecida como (Nova) Lei de Abuso de Autoridade (doravante Lei de Abuso), tipifica crimes de abuso cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído (nos termos do artigo 1º da Lei de Abuso).

Para além das interessantes disposições legislativas quanto ao elemento subjetivo do tipo penal (§1º do artigo 1º da Lei de Abuso) e do que se entende por agente público (artigo 2º da Lei de Abuso), o presente trabalho focará nos aspectos dos diversos tipos penais e de quais apresentam os elementos de valoração global do fato para que se possa delimitar ainda mais a amplitude dos tipos.

Dentre diversas críticas iniciais, sobretudo em seu contexto de elaboração, LIMA (2020, p. 25) coloca a seguinte pontuação:

[...] surge a nova Lei de Abuso de Autoridade, contaminada por diversos tipos penais abertos e indeterminados, de duvidosa constitucionalidade, praticamente transformando o exercício de qualquer função pública, ainda que de maneira legítima, em uma verdadeira atividade de risco.

Conforme descrito pelo autor, as possíveis imprecisões de alguns termos presentes na Lei de Abuso podem fazer com que o exercício de algumas funções públicas seja visto como uma verdadeira atividade de risco, pois não se terá certeza suficiente se determinada conduta se subsume ao tipo penal.

Não obstante, por outro lado pode haver um efeito inverso, ou seja, pode ser que determinados agentes públicos de fato incorram no crime tipificado e, mesmo assim, não respondam por nada pelo simples fato de que os conceitos jurídicos permitam elucubrações jurídicas em torno de erro e de significações.

Por base nesses dois aspectos é que a taxatividade deve ser, novamente, reforçada, pelo fato de que tanto reforçará uma segurança para os agente públicos quanto para a população, porque tanto quem deve ser punido tem maiores condições de ser, quanto quem exerce seu mister de forma lícita se verá protegido.

A fim de se aproximar mais dessa possível taxatividade penal, busca-se aplicar os elementos de valoração global do fato à Lei de Abuso, a fim de que possam ser identificados os tipos penais que apresentam esses elementos, pois, conforme ROXIN (2003), os tipos que contem os elementos de valoração global do fato são os mais fechados que se pode ter em decorrência de abarcarem os preceitos materiais do juízo de ilicitude.

O presente trabalho não tem por escopo tecer comentários a toda a Lei de Abuso, mas sim buscar identificar os tipos penais em que se fazem presentes, ou ao menos se entendem fazer, os elementos de valoração global do fato. Dessa forma, indicar-se-á, a seguir, quais os tipos penais que se entende haver tais elementos para, depois, explicar, brevemente, o porquê de tal afirmação.

Assim, entende-se que na Lei de Abuso os seguintes tipos penais apresentam os elementos de valoração global do fato: artigo 9º, *caput*; artigo 12, *caput*; artigo 12, parágrafo único, inciso IV; artigo 19, *caput*; artigo 20, *caput*; artigo 25, *caput* e paragrafo único; artigo 31, *caput*; e artigo 37, *caput*.

Dispõe o artigo. 9º, *caput* o crime de: “Decretar medida de privação da liberdade em **manifesta desconformidade com as hipóteses legais**”. LIMA (2020), ao comentar o tipo penal, entende que decretar, no caso, tem o sentido de determinar e elenca como decretações de medidas privativas de liberdade, elencando as seguintes medidas: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão-pena, medidas cautelares diversas da prisão, medida de segurança de internação, prisão militar nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, semiliberdade, internação e internação psiquiátrica.

O presente artigo adianta no bojo do tipo penal o juízo de ilicitude no que diz respeito a duas hipóteses de excludentes de ilicitude: o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, a depender de o agente público ter ou não a obrigatoriedade de decretar a medida privativa de liberdade.

Nesse sentido, um magistrado, quando ao fim do processo criminal em que se demonstra plenamente comprovado a culpa além da duvida razoável, decreta prisão-pena, age em estrito cumprimento de seu dever legal (artigo 23, inciso III do Código Penal), bem

como um policial quando prende alguém em flagrante, hipótese de flagrante obrigatório, conforme o artigo 301 do Código de Processo Penal. Já quando um analista judiciário dá voz de prisão em flagrante, no exercício de suas funções, age em exercício regular de direito (artigo 23, inciso III do Código Penal conjugado com artigo 301 do Código de Processo Penal).

O artigo 12, *caput*, estabelece o crime de: “Deixar **injustificadamente** de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal”. O presente tipo penal traz em seu bojo a possibilidade de haver, no caso concreto, uma justificativa fática que permitirá afastar o juízo de ilicitude material, ou seja, não haverá uma intolerável nocividade social, como nos casos apontados por LIMA (2020) em que há falha técnica ou excepcional ausência de magistrado em comarca. Entretanto, entende-se que essa falta de nocividade social tem de ser devidamente apontada no caso concreto, pois caso haja uma mera dificuldade transponível haverá o juízo de ilicitude material.

Já o artigo 12, parágrafo único, inciso IV, diz que incorre nas mesmas penas do *caput* quem:

prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, **sem motivo justo e excepcionalíssimo**, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

Diferentemente dos demais incisos do artigo 12, parágrafo único, o inciso IV traz a expressão “sem motivo justo e excepcionalíssimo”, o que reforça o caráter de regra da liberdade das pessoas, conforme mandamento constitucional.

Entende-se que nesse caso tanto pode haver uma antecipação de ilicitude formal quanto de ilicitude material. No caso de ilicitude formal, exemplifica-se pelo estrito cumprimento de dever legal quando, apesar de ser expedido alvará de soltura, haja outra ordem de prisão contra o indivíduo, como no caso de ter cometido outro delito em outra comarca e haver sido decretada sua prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, motivo em que não poderá ser ele solto. Já a ilicitude material pode ser excluída quando não cumpre o alvará de soltura imediatamente por conta de, como exemplifica LIMA (2020), ocorra um amotinamento de presos, mas somente devendo se entender presente essa ilicitude material em face de situações extremas e teratológicas que expurquem a própria nocividade social da conduta.

Por sua vez, estabelece o art. 19, *caput*, a conduta de “Impedir ou retardar, **injustificadamente**, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia”.

O legislador novamente se vale no artigo 19, *caput*, da expressão “injustificadamente”, o que mais uma vez obrigará o interprete a fazer uma análise de ausência de danosidade social no caso concreto a fim de que se encontre uma escusa legítima para que o crime não ocorra. Antecipa-se, no presente caso, a ausência de ilicitude material do crime em questão.

O artigo 20, *caput*, preceitua que é crime “Impedir, **sem justa causa**, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado”. A presença da expressão “sem justa causa” deve levar a uma interpretação devidamente cautelosa, pois não pode qualquer hipótese ser considerada justificativa para que se possa impedir o direito de defesa técnica, pois esse direito é garantido constitucionalmente (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal) e a entrevista pessoal e reservada é garantida pelo artigo 7º, inciso III do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Dessa maneira, entende-se que somente poderia haver hipóteses pontualíssimas de qualquer justa causa, sobretudo quando se antecipar a ausência de ilicitude em seu aspecto material, como por exemplo nos casos em que o próprio causídico é investigado por crimes em concursos de pessoas com seus clientes. Nesse caso, entretanto, entende-se que não bastam meros indícios, mas sim, ao menos, uma investigação formal instaurada e, de preferência, comunicada ao juiz²⁹.

O legislador tipifica no artigo 25, *caput*, da Nova Lei de Abuso o crime de “Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, **por meio manifestamente ilícito**”. No parágrafo único do artigo 25 há a prescrição de incorrer na mesma pena do *caput* quem “faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude”.

Tanto para o *caput* quanto para o parágrafo único do artigo 25, entende-se como meio ilícito de obtenção de prova, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, aqueles que violem as normas legais ou constitucionais. Nesse aspecto, entende-se que se se elidir a

²⁹ Neste caso, enquanto estiverem suspensas as eficácias dos artigos 3º-A e seguintes do Código de Processo Penal, trazidos pelo chamado “Pacote Anticrime”, deve-se comunicar ao próprio juiz da instrução. Caso os dispositivos passem pelo crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a comunicação deve ser feita ao juiz de garantias.

ilicitude por expressa disposição constitucional ou legal configurada estará uma antecipação de ilicitude formal, seja por exercício regular de direito, seja por estrito cumprimento do dever legal. Nesse mesmo sentido, caso se aplique as teorias da fonte independente, descoberta inevitável e mancha purgada, haverá exercício regular de direito por estarem previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. Já para aqueles que entendem que é aplicável o princípio da proporcionalidade como hipótese de afastar a ilicitude, entende-se que haverá antecipação de ausência de ilicitude material³⁰.

Estabelece o art. 31, *caput*, o delito de “Estender **injustificadamente** a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado”. A respeito desse artigo, concorda-se plenamente com LIMA (2020, p. 289) quando diz que:

Esse elemento normativo do tipo [o termo injustificadamente, entendido no presente trabalho como um elemento de valoração global do fato] estará caracterizado tão somente quando o agente público responsável pela condução da investigação deliberar por estendê-la sem nenhuma escusa legítima. Essa escusa legítima seria, a nosso juízo, a realização de diligências imprescindíveis para fins de esclarecimento da autoria e/ou materialidade da infração penal

Seguindo essa ideia, o caso de diligências imprescindíveis para esclarecer a autoria ou a materialidade da infração é, sem dúvidas, causa de exclusão de ilicitude material por ausência de danosidade social. Ao contrário, nesses casos a extensão da investigação se mostra salutar não somente para proteger os interesses da sociedade, mas os do próprio investigado, cumprindo assim a investigação, sobretudo o inquérito, uma função preservadora, e não meramente preparatória, conforme HOFFMANN (2019)³¹.

Por fim, o artigo 37, *caput*, declara ser proibida a conduta de “Demorar demasiada e **injustificadamente** no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, com o intuito de procrastinar seu andamento ou retardar o julgamento”.

O último artigo da Lei de Abuso analisado no presente trabalho é um dos poucos que pode ser aplicado em casos em que o agente público não esteja tratando de uma matéria criminal. No caso, conforme aponta LIMA (2020) a demora no exame do processo não deve ser somente demasiada, mas também injustificada, ou seja, sem alguma escusa legítima.

Entende-se que nesse caso pode haver uma ausência de ilicitude material, por ausência de danosidade social quando o caso demandar uma análise mais demorada e detida,

³⁰ A respeito de todas essas teorias, discussões em torno delas, que não serão analisadas pelo âmbito do presente trabalho, bem como distinções entre provas ilícitas e ilegítimas, conferir LIMA (2020).

³¹ HOFFMANN (2019, p. 31) defende que o inquérito, em sua função preservadora, existe para “garantia de direitos fundamentais não somente de vítimas e testemunhas, mas do próprio investigado, evitando acusações temerárias ao possibilitar o arquivamento de imputações infundadas”.

pois não é interessante para a sociedade ou para as partes que se chegue a uma conclusão desconforme ao direito, devendo a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal) ser devidamente conjugada com uma prestação jurídica (jurisdicional ou administrativa) escoreta e lisa.

Diante desses breves comentários, entende-se que em alguns tipos penais da Lei de Abuso contém os elementos normativos classificados como elementos de valoração global do fato, por vezes antecipando uma avaliação de ilicitude formal (presença de causas de justificação) e por outras uma avaliação de ilicitude material (nocividade social).

Dessa maneira, buscou-se apresentar um mínimo conceitual a esses elementos a fim de que a crítica doutrinária, como de LIMA (2020), de que os tipos da Lei de Abuso são demasiadamente abertos, possa ser contemplada e respondida, de maneira a resgatar um mínimo de taxatividade penal, conforme manda o princípio da legalidade penal, previsto na Constituição Federal.

7 CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto, entende-se que foi possível chegar a algumas conclusões interessantes a respeito da relação entre tipicidade e ilicitude, bem como suas implicações no tipo penal e uma possível delimitação conceitual que permite uma construção típica na Nova Lei de Abuso mais consentânea com a taxatividade.

(1) O princípio da legalidade, no ordenamento jurídico nacional, impõe-se como cláusula pétrea e por isso não pode ser transformado, seja pelo constituinte derivado, seja pelo legislador.

(2) A legalidade em matéria penal se consubstancia que as condutas puníveis, para assim sê-las, devem estar previstas previamente em leis em sentido estrito, produzidas tanto formalmente quanto materialmente conforme os preceitos constitucionais.

(3) A taxatividade penal significa que o tipo penal e a escrita legislativa devem se valer de conceitos e delimitações fáticas (recortes em abstrato de ações ou omissões) que permitam o necessário conhecimento das condutas permitidas ou proibidas pelo ordenamento jurídico penal.

(4) Considerando que o tipo é desenvolvido pelo legislador em um âmbito do discurso, cada vez mais é importante o papel do interprete e da doutrina a fim de que se possa chegar a uma conceituação minimamente delimitada e que cumpra a taxatividade.

(5) A tipicidade e a ilicitude, constituídas em um aspecto formal e material, relacionam-se, sendo que a tipicidade é a essência do injusto penal, mas o indício de ilicitude.

(6) A importância da Política Criminal e da influência da atividade legislativa na descrição de condutas típicas, por vezes, renuncia a uma descrição meramente abstrata da conduta penal, antecipando um juízo de valor sobre a injustiça concreta.

(7) A antecipação do juízo de injustiça concreta consubstancia os chamados elementos de valoração global do fato, elementos esses que são uma superposição entre juízos de tipicidade e ilicitude, tornando menos rígida a estrutura tripartida de delito.

(8) Mesmo com a flexibilização dessa estrutura, pode-se decompor os elementos de valoração global do fato da seguinte maneira: pressupostos, positivos ou negativos, do juízo de ilicitude, os quais pertencem ao tipo penal; valoração definitiva do fato enquanto injusto, pertencente à ilicitude.

(9) Na estrutura dos elementos de valoração global do fato, o erro quanto aos pressupostos do juízo de ilicitude configura erros de tipo, ao passo que o erro sobre o juízo definitivo de ilicitude se consubstancia em erro de proibição.

(10) A Lei de Abuso apresenta elementos de valoração global do fato, a saber: artigo 9º, *caput*; artigo 12, *caput*; artigo 12, parágrafo único, inciso IV; artigo 19, *caput*; artigo 20, *caput*; artigo 25, *caput* e parágrafo único; artigo 31, *caput*; e artigo 37, *caput*.

A partir dessas constatações objetivas, entende-se que foi possível chegar a um mínimo conceitual de elementos de valoração global do fato apto a minimizar o problema da obscuridade típica e permitir uma maior taxatividade penal.

Dessa forma, entende-se como confirmadas a seguinte hipótese formulada no início: os aludidos tipos penais não podem ser considerados corolários da taxatividade penal a partir da visão clássica do conceito analítico, mas podem ser delimitados de maneira mais eficaz a partir da chamada “Teoria dos elementos de valoração global”.

Portanto, entende-se que foi cumprido o objetivo da presente pesquisa, qual seja, valer-se de uma aplicação teórica suficientemente limitativa dos tipos penais para que sejam satisfeitos os comandos constitucionais e os intuitos do legislador. Espera-se, assim, que a presente pesquisa possa ter contribuído para salvaguardar os princípios constitucionais decorrentes da legalidade penal.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 7ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.

_____. **Um outro país**: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018b.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo – Coleção Ciência Criminal Contemporânea – vol.10 – Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 579.593-SC**. Agravante: Diego Rafael Leite. Agravados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de setembro de 2020. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001073475&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 115246-MG**. Paciente: Marta Camilo de Almeida. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de junho de 2013. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=122&dataPublicacaoDj=26/06/2013&incidente=4304098&codCapitulo=5&numMateria=97&codMateria=3>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direitos Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Parte Geral**: Tomo I – Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 19ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOFFMANN, Henrique. Moderno conceito do inquérito policial. *In*: HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Temas avançados de polícia judiciária**. 3ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 27-40.

HORTA, Frederico. Do erro sobre os elementos normativos das leis penais no Direito Penal Econômico. *In*: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 313-342.

_____. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal**: dec.-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940 Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. 6ª edição. Rio de Janeiro: LMJ, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª edição. Granada: Imprenta, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2016.

NORONHA, Edgard Magalhães, **Direito penal**: volume 1 – introdução e parte geral. 37ª edição. Revista e atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I: Introdução Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil**. 30^a edição, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giancomolli. 2^a Edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

_____. **Derecho penal: parte general – Tomo I – Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>>. Acesso em: 29 jun. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40^a edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. 2^a edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1^a edição. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5^a edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 7^a edição. Salvador: JusPODIVM, 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.