

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Douglas Rafael Oliveira Resende

CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEU ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL:
Uma reflexão a partir das considerações da Teoria da Tipicidade Conglobante

Juiz de Fora
2014

DOUGLAS RAFAEL OLIVEIRA RESENDE

CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEU ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL:
UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CONSIDERAÇÕES DA TEORIA DA TIPICIDADE
CONGLOBANTE

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms.^a Ellen Cristina Carmo
Rodrigues

Juiz de Fora
2014

DOUGLAS RAFAEL OLIVEIRA RESENDE

CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEU ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL:
Uma reflexão a partir das considerações da Teoria da Tipicidade Conglobante

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação:

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Ms.^a Ellen Cristina Carmo Rodrigues (orientadora) – UFJF

Prof. Leandro Oliveira Silva (membro) – UFJF

Prof.^a Ms.^a Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (membro) – UFJF

Juiz de Fora
2014

*À família, especialmente à minha mãe,
por me proporcionar condições
materiais e espirituais de realizar esta
graduação;*

*aos amigos, pelos momentos de alegria,
descontração e por ouvirem minhas
divagações;*

*ao Lucas, pela compreensão, auxílio e
pela felicidade cotidiana;*

*à Ellen, minhas orientadora, pela
recepção, disponibilidade, paciência,
conselhos e por me apresentar aos
bonitos caminhos do Direito Penal.*

RESUMO

No presente estudo, sob a luz da Teoria da Tipicidade Conglobante, pretende-se analisar a questão de a quem deve pertencer, no processo penal brasileiro, o ônus probatório no que se refere às causas de justificação de uma conduta. Busca-se, nesse sentido, construir objeções ao entendimento tradicionalmente sustentando, especialmente porque o mesmo não se coaduna com os postulados de um Estado Constitucional de Direito.

A tipicidade conglobante consubstancia uma das manifestações da função redutora do Direito Penal, na medida em que exige que uma conduta, além de se adequar ao enunciado do tipo legal sistemático, reflita uma conflitividade demarcada pela efetiva, substancial e antinormativa lesão a um bem jurídico. Consiste, assim, em um filtro de racionalidade a que se deve obrigatoriamente submeter o poder punitivo a fim de que sua manifestação seja menos irracional, menos violenta e menos discriminatória.

O juízo de antinormatividade exigido para a constatação de lesividade e, conseqüentemente, para a verificação da existência de uma conflitividade, busca determinar, através da consideração do ordenamento (jurídico) normativo em sua totalidade, se uma conduta humana viola, realmente, a norma subjacente ao tipo penal. Existindo uma norma, de igual ou superior hierarquia, que limite o alcance da norma contida no tipo, anulando ou excepcionando seu conteúdo, deve a conduta imputada como sistematicamente típica ser considerada atípica em razão da ausência de sua antinormatividade, e conseqüentemente, ausência de lesividade e conflitividade.

Pretende-se demonstrar que não existe qualquer empecilho na análise de toda e qualquer causa de justificação em sede de tipicidade conglobante. Processualmente, isso significa que cabe ao acusador o ônus de comprovar a existência de um pragma conflitivo, isto é, a existência de uma conduta lesiva e antinormativa (não justificada). Materialmente, a proposta determina que um sujeito não seja injustificadamente submetido ou mantido à persecução penal, reforçando-se a função redutora do Direito Penal em face das truculências irracionais inerentes ao poder punitivo.

PALAVRAS-CHAVE: ônus da prova no processo penal; causas de justificação; tipicidade conglobante; antinormatividade; função redutora do direito penal; poder punitivo.

ABSTRACT

In the present study, in the light of conglobant tipicity theory, it is intended to analyse the question of who should belong, at the brasilian criminal proceeding, the probatory incumbency in relation to the causes of justification. The study intends, in this sense, build objections to the understanding traditionally sustaining, especially because it is inconsistent with the postulates of a Constitutional Rule of Law.

The conglobant tipicity constitutes a manifestation of the criminal law's reductive function, so far as it requires that a conduit, apart from adjusted to the systematic legal type's statement, imply a conflictiveness demarcated by the effective, substantial and non-normative injury to a legally protected interest. Thus, the conglobant tipicity consists a filter of rationality to which shall submit the punitive power in order its manifestation be less irrational, less violent and less discriminatory.

The non-normativity required to the verification of an injury and, therefore, to verify the conflictiveness, seeks to determine, through the consideration of the normative ordering in its entirety, if a human conduct violates, actually, the norm underlying the criminal type. If a norm, of equal or higher hierarchy, limits the extent of the norm contained in the legal type, nullifying or making an exception in its contents, should be the conduct imputed as systematically typical considered atypical by reason of the absence of its non-normativity, and consequently, absence of conflictiveness.

In this order of ideas, it is intended to demonstrate that there is no impediment in the analysis of the causes of justification on place of conglobant tipicity. Procedurally, this means the accusation must demonstrate the existence of a conflictive situation, in other words, the existence of an injury and non-normative (unjustified) behavior. Materially, this proposal states that a person do not be unjustifiably submitted or maintained to the criminal prosecution, reinforcing the reductive function of Criminal Law in face of unreasonable truculences of the punitive power.

KEYWORDS: *criminal probatory incumbency; causes of justification; conglobant tipicity; non-normativity; reductive function of the Criminal Law; punitive power.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEU ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL: AS INCONGRUÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL PREVALENTE NO BRASIL.....	11
1.1 O posicionamento e seus supostos fundamentos.....	11
1.2 Os problemas do posicionamento atualmente sustentado.....	14
2 O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO RACIONAL DO PODER PUNITIVO E A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	19
2.1 Sistemática classificatória e modelo analítico do delito: a necessária construção do direito penal à luz de uma sistemática funcional-teleológica.....	19
2.2 A sistemática funcional-teleológica redutora e a teoria da tipicidade conglobante como uma de suas possíveis manifestações na contenção do poder punitivo.....	22
3 A CONSIDERAÇÃO DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO EM SEDE DE ANTINORMATIVIDADE E A ATRIBUIÇÃO DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO AO SUJEITO ACUSADOR: A EXIGÊNCIA DE UM DIREITO PENAL REDUTOR DO PODER PUNITIVO IRRACIONAL.....	28
3.1 Breves apontamentos sobre o conceito e a função da antinormatividade.....	28
3.2 A Teoria da Tipicidade Conglobante revisitada.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

O objeto de investigação do presente trabalho consiste na análise, a partir das contribuições da Teoria da Tipicidade Conglobante de Eugênio Raul Zaffaroni (2010), do ônus probatório no processo penal em se tratando das causas de justificação de uma conduta, mais especificamente sobre a quem pertence referido encargo, se ao sujeito acusador ou ao acusado.

O problema apresentado à pesquisa se justifica na medida em que o posicionamento tradicionalmente defendido pela dogmática processual penal e pela jurisprudência brasileiras, que compreende ser atribuição do acusado a prova das causas justificantes de sua conduta, encontra óbices tanto de natureza processual, quanto objeções de cunho material.

A temática, que a primeira vista poderia ser solucionada pelas objeções processuais, ganha contornos diferenciados a partir do momento em que são considerados, em sua análise, aspectos materiais inerentes à Teoria do Delito, especialmente porque referidos aspectos, além de reforçarem as objeções processuais, possuem o condão de justificar um modelo probatório processual penal adequado às exigências de um direito penal que tem por função conter, racionalmente, o arbitrário, discriminatório e violento poder punitivo expressivo do Estado policial que sobrevive, em menor ou maior grau, em cada Estado de Direito.

Nesse sentido, objetivando sanar os problemas, os equívocos e as contradições que pairam sobre o modelo de distribuição do ônus probatório no processo penal brasileiro, indaga-se, como hipótese, se não seria juridicamente justificável, sob a ótica de um Estado Constitucional de Direito, a exigência de se atribuir unicamente ao sujeito acusador o encargo de demonstrar, efetivamente, a ocorrência de um ato típico, antijurídico e culpável, situação que, inexoravelmente, atrairia para o mesmo o ônus da prova referente à inexistência de eventuais causas de justificação de uma conduta cuja imputação penal se pretende.

Inicialmente, apresentar-se-á o posicionamento atualmente sustentado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como as premissas que geralmente lhe servem de justificativa. Serão expostas também as objeções, de cunho predominantemente processual, atreladas a essa perspectiva, tais como, a violação ao princípio constitucional da não

culpabilidade, a importação indevida do modelo processual civil de distribuição do ônus probatório para a aplicação no campo processual penal, a equivocada interpretação do art. 156 do Código de Processo Penal e a indevida consideração de que o juízo provisório (indício) de antijuridicidade, implicado pela realização do tipo legal, de acordo com a proposta teórica de Max Ernst Mayer (teoria da *ratio cognoscendi*), impõe ao acusado o encargo *probandi* de desconstituir a indiciabilidade.

Em um segundo momento, expõe-se a necessidade de se conceber o Direito Penal sob a ótica de uma sistemática funcional-teleológica, oportunidade em que, a partir de Zaffaroni (2010), serão tecidas críticas às sistemáticas meramente classificatórias e ao modelo analítico do delito construído a partir das mesmas. Buscar-se-á demonstrar que as sistemáticas classificatórias, almejando a uma suposta neutralidade científica, não permitem o questionamento das funções do Direito Penal.

Esclareça-se, por oportuno, que Zaffaroni (2010), ao edificar sua sistemática funcional-teleológica a partir do marco sociológico das teorias do conflito (que consideram a sociedade dividida em classes, grupos e indivíduos cujos interesses estão em permanente atrito), demonstra que o poder punitivo se coloca ao lado dos grupos dominantes em detrimento dos grupos dominados, os quais sofrem invariavelmente os seus efeitos em virtude de suas condições de vulnerabilidade. Nesse sentido, apresenta-se a concepção de Direito Penal sugerida por Zaffaroni (2010), a qual, sobre as bases de uma sistemática funcional-teleológica, preconiza que o mesmo deve ser utilizado como mecanismo racional de contenção e redução do poder punitivo.

Surge, nesse contexto, a Teoria da Tipicidade Conglobante, porquanto, em vista de se atribuir ao Direito Penal uma função limitadora do poder punitivo, não pode uma conduta ser considerada penalmente típica apenas por se adequar ao tipo legal (tipo sistemático), devendo a mesma refletir uma conflitividade que, nas lições de Zaffaroni (2010), traduz-se pela significativa e antinormativa lesão à bem jurídico (lesividade), bem como pela imputação desta lesão a um sujeito determinado. Com o escopo de delimitar e adequadamente compreender os elementos que estruturam a tipicidade penal, serão analisados, neste momento, os conceitos de tipo sistemático, tipo conglobante, conflitividade, lesividade e antinormatividade.

Finalmente, através de um diálogo construtivista com a proposta teórica do ilustre professor argentino, bem como considerando os propósitos dinâmicos das causas de justificação, tendo em conta, ainda, o valor fundamental do direito de liberdade, pretende-se

demonstrar que as mesmas devem ser analisadas em sede de tipicidade conglobante, especificamente, no compartimento da antinormatividade, hipótese que atrairia o ônus probatório processual penal, no que toca à inexistência de justificantes, totalmente para o sujeito acusador.

1 CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E SEU ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL: AS INCONGRUÊNCIAS DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL PREVALENTE NO BRASIL.

1.1 O posicionamento e seus supostos fundamentos.

A doutrina especializada e os tribunais pátrios entendem, de forma quase unânime, que no processo penal o ônus de comprovar a existência de quaisquer causas de justificação pertence ao acusado. Nesse sentido, depois de instaurada a jurisdição penal, incumbe ao acusado alegar e comprovar a existência, em seu favor, das situações que possuem o condão de excluir a antijuridicidade de sua conduta, esta apontada como típica pelo sujeito acusador.

Lado outro, o encargo probatório atribuído ao acusador está restrito à comprovação da tipicidade do crime, isto é, à comprovação de todos os elementos (objetivos e subjetivos) que informam o juízo de tipicidade penal (sujeitos ativo e passivo, bem jurídico ofendido, resultado e o conseqüente nexos de causalidade, eventuais circunstâncias de tempo e de lugar, eventuais meios ou modos de execução e o dolo).

Compartilhando desse entendimento, Mirabete (2005, p. 283-284) afirma que, no processo penal, oferecida a peça inicial, recai sobre a acusação o ônus de provar o fato e sua autoria, bem como eventuais circunstâncias que importem em um aumento da sanção penal. À defesa pertence o ônus de provar qualquer causa que exclua a ilicitude, a culpabilidade ou a punibilidade do agente.

Aranha (1999, p. 10-11), sob uma ótica semelhante, considera que ao acusador deve ser atribuído o encargo de demonstrar, tão-somente, a adequação de uma conduta ao tipo legal, assim como sua autoria, situações que, no seu entender, correspondem aos fatos constitutivos do *jus puniendi*:

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

Ao acusador cabe o ônus de provar os fatos constitutivos.

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

Tornagui (1978, p. 467-469), por sua vez, preconiza que o juízo positivo de tipicidade legal faz presumir a antijuridicidade de uma conduta, circunstância que teria o condão de inverter o *onus probandi* e, conseqüentemente, atribuir ao acusado o encargo de comprovar que atuou conforme o Direito a fim de infirmar aludida presunção:

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

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

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

Em se tratando dos tribunais brasileiros, pela superficial análise das ementas de alguns julgados, percebe-se que o ônus de comprovar a existência de causas justificantes pertence ao acusado, não divergindo o posicionamento jurisprudencial da processualística penal tradicional. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL PENAL. [...] ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. EXCLUDENTES DE ILICITUDE E/OU CULPABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO.

[...] 3. De igual modo, cabe à defesa provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade. Precedentes. [...] (STJ, Quinta Turma, Min. Relator Arnaldo Esteves Lima, AgRgREsp nº 871739/PE, 09/12/2008).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO COMPROVADO.

[...] 2. Materialidade e autoria delitivas encontram suporte no conjunto probatório.

3. A alegação de estado de necessidade não encontra amparo no conjunto probatório, inexistindo qualquer prova da alegação de que a pesca deu-se

com o objetivo de saciar a fome dos agentes ou de seus familiares. [...] (TRF da 3ª Região, Primeira Turma, AC 25940, Relator Márcio Mesquita, 13/01/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] LEGITIMA DEFESA PUTATIVA.

[...] A ausência de provas de que o réu teria agido em legítima defesa impede o reconhecimento desta excludente de ilicitude, mormente quando o ônus incumbia à Defesa, e ela não comprovou o fato alegado. [...] (TJMG, 6ª Câmara Criminal, AC 1.0216.07.044036-9/001, Relator Denise Pinho da Costa Val, 06/03/2013).

PENAL. [...] ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CARACTERIZADO.

[...] 5. A comprovação da situação de estado de necessidade constitui ônus da defesa, o que, por sua vez, não restou demonstrado no caso dos autos, acarretando na manutenção do édito condenatório. 6. Recurso da defesa desprovido. (TRF da 3ª Região, Quinta Turma, AC 23249, Relator Ramza Tartuce, 28/04/2009).

As premissas que fundamentam referido entendimento parecem possuir razões de diferentes ordens. Primeiramente, na ausência de um expresso e taxativo dispositivo legal no Código de Processo Penal brasileiro acerca da distribuição do *onus probandi*, a doutrina sinaliza pela importação do modelo probatório veiculado pelo Código de Processo Civil, ou seja, ao autor incumbe produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ao passo que ao réu é atribuído o ônus de comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333 do CPC). Sob essa ótica, transportando-se tal entendimento para o campo do processo penal, entende-se que autoria e materialidade (tipicidade) correspondem a fatos constitutivos do *jus puniendi*, sendo as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade fatos impeditivos ao direito estatal de punir.

Em segundo lugar, considerando que o art. 156 do CPP determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, sustenta-se que as excludentes de ilicitude devem ser alegadas pelo acusado, devendo o mesmo arcar com o ônus probatório de tal encargo, porquanto possui o mesmo interesse em ser absolvido.

Por fim, as justificativas recorrem à teoria do delito e, especificamente, à teoria da *ratio cognoscendi* desenvolvida por Max Ernst Mayer¹, o qual, pretendendo estabelecer os

¹ Ressalte-se que a teoria da *ratio cognoscendi* foi adotada pela teoria finalista da ação (TAVARES, 2003, p. 250).

contornos da relação existente entre tipo e antijuridicidade, formulou que a realização de um tipo penal traduz um juízo provisório (indício) de antijuridicidade, juízo que somente não se confirmará caso esteja presente alguma causa de justificação. Nesse sentido, costuma-se afirmar que provada a tipicidade de uma conduta, indiciada estaria a antijuridicidade, isto é, a comprovação do juízo de tipicidade presume o juízo de antijuridicidade, presunção esta que deverá ser desconstituída pelo acusado através da comprovação de existência de determinada causa justificante em seu favor.

1.2 Os problemas do posicionamento atualmente sustentado.

O primeiro (e grande) obstáculo apresentado ao entendimento de que incumbe ao acusado comprovar as causas de justificação de sua conduta está relacionado ao conteúdo normativo do princípio da não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência)², basilar do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

A rigor, aludido princípio possui dois desdobramentos de inafastável aplicação. O primeiro refere-se à determinação de que alguém somente poderá ser considerado culpado da prática de um delito, vindo a sofrer os efeitos concretos de uma sanção penal, após o pronunciamento condenatório da agência jurisdicional penal do qual não caibam quaisquer recursos. O segundo consubstancia uma verdadeira regra de tratamento que estabelece prescrições de ordem material e de ordem processual. No que tange às materiais, o princípio da não culpabilidade determina que o sujeito acusado não ocupe a prévia posição de sujeito condenado, devendo ser respeitadas suas dignidade e liberdade, assim como que não seja alvo dos sensacionalismos e clamores públicos não ocasionalmente praticados pela sociedade em geral (e, em especial, pelos veículos midiáticos). Em se tratando das garantias processuais, o princípio da não culpabilidade exige que o juízo condenatório seja construído levando em consideração a incontrovérsia do conjunto probatório produzido pela acusação, não cabendo ao acusado produzir quaisquer provas, porquanto milita em seu favor uma presunção constitucionalmente erigida a valor fundamental. Visa, nesse sentido, a tutela da liberdade

² Expressamente previsto pelos art. 5º, inc. LVII, da CRFB, art. 8º, '2', da CADH e art. XI, '1', da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

pessoal, na medida em que evidencia a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade de um indivíduo para que possa exercer, de forma racional, o poder punitivo.

O segundo obstáculo circunscreve-se à equivocada interpretação do art. 156 do Código de Processo Penal, já que, no processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil, não existe uma verdadeira e legítima pretensão do réu.

A liberdade pode ser considerada como um direito inato do homem, devendo ser compreendida como a capacidade de um sujeito se auto-determinar dentro de um espaço construído por normas de âmbito interno (desejos, aspirações, *e. g.*) e externo (direito, moral, *e. g.*). A liberdade é, pois, pressuposta, não cabendo ao Estado exercer qualquer juízo constitutivo sobre a mesma. Através dos mecanismos instrumentais fornecidos pelo Direito, pode o Estado tão-somente exercer uma função restritiva, interferindo na liberdade de alguém quando este injustificadamente violar a esfera de autonomia de outrem.

Sob essa ótica, o conflito que existe dentro do processo penal não é um conflito de interesses, mas um conflito de reconstrução da realidade. Não há, propriamente, um conflito entre o poder de punir do Estado e o direito à manutenção do *status libertatis* da pessoa humana.

Guimarães (2008, p. 82-84), dissertando sobre o tema, afirma que

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

[...] Nota-se que a jurisdição [penal] surge não como a justa composição do litígio, emergente de um conflito de interesses. Tampouco diz meramente o direito ao caso concreto. Ao revés, o processo penal, servindo-se da jurisdição, é a instância onde são recriados os fatos sociais, a partir da recomposição do estado de coisas por meio de elementos significantes, ou aos quais se imputa significância.

Desse modo, inexistindo uma verdadeira pretensão, titularizada pelo acusado, concernente à manutenção de seu estado natural de liberdade, não se pode afirmar que o

mesmo possui um legítimo interesse em ser absolvido pela agência jurisdicional penal, razão pela qual não necessita³ o mesmo formular (e comprovar) quaisquer alegações.

A questão de se considerar as causas de justificação como fatos impeditivos ao *jus puniendi*, afirmando-se que incumbe ao acusado a comprovação dos mesmos, assim como dos fatos modificativos e extintivos⁴, também enseja equívocos.

Por um lado, não parece crível ou racionalmente justificável a utilização de categorias jurídico-processuais próprias do processo civil na seara processo penal, já que os substratos materiais em Juízo discutidos possuem contornos obviamente distintos. As pretensões discutidas no processo civil têm por objeto, geralmente, bens disponíveis, sendo originadas no bojo de conflitos existentes em uma relação obrigacional, contratual ou extracontratual, ao passo que no processo penal, além do fato de inexistir propriamente uma pretensão titularizada pelo acusado, conforme exposto, o que se discute é a intervenção do Estado, da forma mais gravosa, no âmbito de liberdade (bem indisponível) de um sujeito.

Por outro lado, o poder punitivo só pode ser exercido quando se vejam satisfeitos os requisitos de um processo racional de imputação cuja verificação dos elementos informadores de um delito materializa uma condição indispensável. Nesse sentido, tendo por base a concepção analítica do delito, o poder punitivo somente poderá ser utilizado quando comprovadas a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade de uma ação praticada por um indivíduo. Afirmer que o fato constitutivo é apenas o fato típico, e considerar as causas de justificação como fatos impeditivos, importa dizer que o delito é, tão-somente, o fato típico.

A antijuridicidade, segundo Badaró (2003), não é um fato impeditivo ao poder de punir, mas sim parte integrante do fato constitutivo desse poder. Assim, quando o acusado alega, embora não precise nada alegar, que agiu em legítima defesa ou em estado de necessidade, não se trata, em verdade, da alegação de um fato contraposto ao fato constitutivo. A justificante, nesse quadrante, não consubstancia a alegação de um fato impeditivo, mas a negação do fato constitutivo do poder de punir.

Especificamente sobre essa situação, esclarece o renomado processualista:

³ Caso queira, pode o acusado formular alegações. Entretanto, tal faculdade é absolutamente diferente de um “ônus” preestabelecido, cujo exercício é necessário para a consecução de uma vantagem.

⁴ Entre os fatos modificativos do “direito de punir” inserem-se a comutação da pena ou a remição, por exemplo. Os fatos extintivos são todos aqueles que fazem cessar a eficácia do *jus puniendi*, como as causas extintivas da punibilidade (Badaró, 2003, p. 260).

A distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito alegado em Juízo decorre de um processo de simplificação analítica da *fattispecie* que não pode ser aplicado no processo penal em favor da parte acusadora e em prejuízo do acusado, pois significaria admitir uma condenação sem que houvesse prova de todos os elementos do delito. Na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é defender a inversão do ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração de inoportunidade de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo) (BADARÓ, 2008, p. 310-311).

Finalmente, a utilização da teoria da *ratio cognoscendi* no escopo de justificar a imposição de um ônus probatório ao acusado também enfrenta insanáveis inconvenientes. O fato de constituir a tipicidade, na proposta teórica de Max Ernst Mayer, um indício de antijuridicidade não significa que o acusado deva comprovar a inexistência de um juízo definitivo acerca desta. Conforme já mencionado, para que a alguém seja imposta uma sanção penal, é indispensável que a jurisdição penal, através de um devido processo legal, conclua pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade de determinada conduta. Nesse sentido, incumbe à acusação demonstrar, incontrovertidamente, a ultrapassagem do juízo provisório de antijuridicidade para um juízo definitivo, hipótese em que se estará diante de um injusto penal. A comprovação da realização do juízo definitivo, consoante a teoria de Mayer, somente é possível com a prova de que inexistem quaisquer causas de justificação.

Desse modo, não se pode afirmar que o juízo provisório da antijuridicidade (indiciabilidade) implica uma presunção de culpabilidade do acusado, porquanto incumbe à acusação demonstrar a presença de todos os elementos fundadores do suposto delito praticado. Pode-se dizer ainda mais: o juízo provisório da antijuridicidade reforça o ônus probatório atribuído ao titular da ação penal, vez que o processo de imputação somente se aperfeiçoa com a comprovação da prática de um injusto penal culpável.

Ademais, mesmo que se considerasse o indício de antijuridicidade uma presunção capaz de gerar efeitos no campo probatório processual penal, tal situação deveria ser de pronto afastada por ocasião da incidência do conteúdo normativo do princípio da não culpabilidade, não se olvidando, por certo, que referido princípio possui lugar no quadro normativo constitucional.

As objeções acima apresentadas possuem uma natureza predominantemente processual, na medida em que assentam suas premissas no princípio da não culpabilidade e,

em especial, nas garantias processuais do mesmo decorrentes; na inexistência de pretensão do acusado no processo penal; na indevida importação do modelo de distribuição do ônus probatório existente no Código de Processo Civil brasileiro para o direito processual penal e; na consideração de que as causas de justificação não materializam um fato impeditivo ao poder de punir, mas a própria negação dos seus fatos constitutivos.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial tradicional acerca da distribuição do ônus probatório no processo penal também encontra obstáculos quando levada em consideração a função redutora do direito penal (contenção do poder punitivo), bem como alguns de seus consectários, especialmente a Teoria da Tipicidade Conglobante de Eugênio Raúl Zaffaroni (2010). Ressalte-se que o fato de referida perspectiva apresentar contornos de cunho material, já que relacionada a substratos dogmáticos próprios da Teoria do Delito, não enseja qualquer impropriedade ou atecnicidade. Longe disso, a análise de como deve ser distribuído o ônus probatório no processo penal somente se perfaz satisfatoriamente quando levadas em consideração as especificidades dos aspectos substanciais da situação jurídico-penal, de modo que a utilização, neste empreendimento, da Teoria da Tipicidade Conglobante apenas reforça e consolida as objeções de matriz processual. Consistindo no preciso objeto de pesquisa desde trabalho monográfico, os aspectos relacionados à temática serão analisados, pormenorizadamente, nos capítulos seguintes.

2 O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO RACIONAL DO PODER PUNITIVO E A TEORIA DA TIPCIDADE CONGLOBANTE.

2.1 Sistemática classificatória e modelo analítico do delito: a necessária construção do direito penal à luz de uma sistemática funcional-teleológica.

As teorias do delito construídas, sucessivamente, a partir dos modelos clássico, neoclássico e finalista, compreendem o delito como uma ação típica, antijurídica e culpável, concepção tripartida esta que ainda prevalece na dogmática penal contemporânea (SANTOS, 2002, p. 04). Afirma-se ser esta uma definição analítica,

em cujo interior se reconhecerão contribuições das chamadas definições formais e materiais⁵, 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 de poder punitivo, cuja quantificação pertencerá à teoria da pena [...] (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 21).

Roxin esclarece que a maioria das teorias do delito até hoje construídas constituem sistemas analíticos que objetivam delimitar e dissecar o comportamento delitivo em diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos)

que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre diferentes andares do sistema (2000, p. 85-86).

⁵ A definição formal do delito enfatiza o seu caráter de transgressão a uma norma penal, ao passo que a definição material se interessa pelo conteúdo danoso do delito.

Tavares (2003, p. 131), nesse sentido, afirma que somente após a formulação do conceito de “tipo”⁶, no início do século XX, foi possível o desenvolvimento do conceito analítico de delito, de modo que nas concepções jurídico-penais anteriores o “tipo” era compreendido como sendo o próprio delito.

A noção de tipo é fruto de longa evolução, que praticamente se confunde com a história da própria teoria do delito. Podemos encontrar seus antecedentes no direito penal renascentista, notadamente em TIBERIUS DECIANUS, que o identificava com o exame da causa formal do delito, ou ainda nas concepções do direito penal comum europeu acerca do *corpo do delito* ou nas obras dos autores germânicos do século XIX, como STÜBEL e VON LISZT, especialmente este último, ao exigir como característica do crime a cominação legal de uma pena. Em todas essas obras, entretanto, o tipo é compreendido em sentido amplo, como o próprio delito, e não particularmente, como seu elemento fundamentador (TAVARES, 2003, p. 130-131, destaques do autor).

Zaffaroni⁷ (2010, p. 38), de modo semelhante, entendendo que o conceito analítico do delito se solidificou com o modelo clássico (ou natural-causalista) de Liszt-Beling, afirma que

[...] pode-se constatar que as categorias do conceito analítico de crime se fixaram em 1906, quando se ultimou o sistema Liszt-Beling, e até hoje não variaram muito. É certo que houve uma série de iniciativas de trocas de conteúdos e de deslocamentos topológicos entre as mesmas categorias, em distintas épocas e contextos políticos, sob específicas influências metodológicas e ideológicas: de forma geral, contudo, foram oscilações em torno das quatro categorias básicas (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

O conceito de antijuridicidade, desenvolvido por Von Jhering no campo do direito civil, foi incorporado e adaptado pela dogmática penal, desde o século XIX, por obra de Merkel (teoria dos elementos negativos do tipo), de Von Liszt (conceito de antijuridicidade formal) e de Binding (concepção do delito como ato contrário à norma) (TAVARES, 2003, p.

⁶ O conceito de tipo como elemento autônomo do delito surgiu através da obra de Beling, *Die Lehre vom Verbrechen* (TAVARES, 2003, p. 131).

⁷ A respeito do desenvolvimento histórico da sistemática do delito, conf. Zaffaroni, *op. cit.*, p. 31-39. Sobre o desenvolvimento da teoria do delito no Brasil, conf. *ibid.*, p. 39-57.

147). Já a ideia de culpabilidade, lançada originariamente por Merkel, foi desenvolvida por Binding na segunda metade do século XIX (PRADO, 2000, p. 135)⁸.

Pode-se afirmar que a concepção analítica do delito consubstancia um edifício metodológico de influência essencialmente naturalista, já que visa uma compreensão e exposição asséptica dos elementos fundadores do delito. A matéria do edifício, seu conteúdo, é construída e reconstruída pelas propostas teóricas que no delito fixaram seu objeto de investigação científica.

Referidas teorias, cujas contribuições foram se sedimentando, em menor ou maior grau, desde o século XIX, ao partirem da ideia de um estado liberal racional e desconsiderarem os perigos de um estado de polícia reminiscente, se preocuparam em aperfeiçoar os requisitos de operatividade de um poder que consideravam substancialmente racional. Esta tendência foi ainda favorecida pela necessidade pragmática de classificar as características do delito no escopo de facilitar o adestramento (ensino jurídico) e o exercício da atividade jurisdicional (decisão de casos).

A postura pragmática outrora exigida, aliada a uma crença na racionalidade inerente ao direito penal do nascente estado liberal, promoveu a submissão do desenvolvimento teórico do delito às sistemáticas classificatórias

[...] que, sob clara influência metodológica do cientificismo naturalista, tratavam de distinguir e combinar elementos e características, sem derivar a sistemática de uma concepção da pena ou de uma teoria do direito penal que a orientasse, apenas referindo vagamente uma concepção preventivo-dissuasiva da pena como sustentação da indemonstrável função motivadora das normas, materiais básicos para edificar um discurso jurídico-penal legitimante do poder punitivo, pela atribuição a ele de uma função supostamente tutelar. (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 22)

A opção por uma sistemática teleológica aplicada ao direito penal, segundo Zaffaroni (2010), permite que as construções realizadas no seio da teoria do delito tenham por referência, além dos fins atribuídos à pena, o questionamento do próprio poder punitivo. Tais sistemáticas evidenciam seus fundamentos teleológico-funcionalistas exatamente porque consideram que o debate teórico no direito penal não pode almejar uma neutralidade científica (asséptica), sob pena de legitimação de um poder punitivo, cuja manifestação ocorre, por

⁸ Merkel, acerca da antijuridicidade, estabelecia que o destinatário da norma incriminadora deveria ser imputável, já que, do contrário, não poderia atuar antijuridicamente. Binding compreendia o ato ilícito sempre como um ato culpável (TAVARES, 2003, p. 148).

excelência, nos estado policialescos, em descompasso com os preceitos de um verdadeiro estado de direito.

Todavia, deve ser ressaltado que o ilustre jurista argentino não propõe uma ruptura metodológica em relação às teorias anteriores. Ao neokantismo, reconhece o adestramento necessário à fina construção sistemática da teoria do delito. Ao finalismo, o mérito de advertir os dogmas sobre a necessidade de respeito aos limites impostos pelo mundo e seus dados à elaboração dos conceitos jurídicos. E, ao funcionalismo, a importância de assumir claramente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 61). Uma postura distinta converteria a funcionalidade redutora em um discurso político juridicamente deficiente.

A adoção de uma sistemática teleológica exige que a concepção analítica do delito e, conseqüentemente, as teorias nela incorporadas, sejam balizadas por determinados fins. Referido posicionamento corresponde a um movimento dialético de superação cuja síntese equivale à harmônica articulação entre as contribuições científicas e filosóficas da dogmática penal tradicional e a imprescindibilidade de um sistema penal baseado no questionamento e na realização de seus legítimos fins.

2.2 A sistemática funcional-teleológica redutora e a teoria da tipicidade conglobante como uma de suas possíveis manifestações na contenção do poder punitivo.

Zaffaroni (2010), acertadamente, considera que a funcionalidade, entendida como efeito político dos conceitos jurídico-penais, corresponde a um dado ôntico, ou seja, o fato de os conceitos jurídicos afetarem de algum modo o exercício do poder punitivo significa que os mesmos são funcionais.

Batista (2007, p. 19), sob uma ótica semelhante, entende que o Direito Penal é legislado para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de alguma maneira.

O Direito Penal, ao elaborar conceitos, não pode se recusar a reconhecer que, embora não o faça de forma necessariamente teleológica, efeitos políticos são

automaticamente produzidos. Nesses termos, sabendo que a funcionalidade traduz um dado ôntico que existe, o mais inteligente a fazer é percebê-la e dotá-la de intencionalidade.

A teoria funcionalista de Zaffaroni distingue-se do funcionalismo alemão⁹, que valora positivamente o poder punitivo, na medida em que compreende a sociedade a partir de uma teoria do conflito. Nesse sentido, toma-se a sociedade como um complexo integrado por classes, grupos e indivíduos cujos interesses se chocam num processo de contínua transformação, sendo que o poder punitivo, neste marco, intervém na conflitividade social sempre ao lado do mais forte (arbitrariedade da seletividade criminal).

Considerando a visão tradicional segundo a qual a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, Batista preconiza que

Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do direito penal (2007, p. 116).

O poder punitivo corresponde à manifestação mais importante do Estado de Polícia, o qual, em maior ou menor grau, sobrevive em cada Estado de Direito. Por sua própria estrutura, atendendo aos anseios e valores cuja manutenção e perpetuação interessam unicamente aos grupos dominantes, o poder punitivo é sempre violento e discriminatório: criminaliza minorias por suas situações pessoais, práticas culturais e ideologias divergentes do suposto padrão compreendido como social, ética, econômica ou religiosamente adequado.

O Direito Penal, nesse contexto, não possui como função legitimar o poder punitivo, mas contê-lo dentro de limites de menor irracionalidade, dificultando sua ultrapassagem arbitrária e permitindo sua manifestação apenas quando atendidos, em grau máximo, requisitos impostos pelo Estado Constitucional de Direito. Considerando que o Estado de Polícia contido em todo Estado de Direito almeja o rompimento de suas barreiras, através de uma interessante metáfora, Zaffaroni (2010, p. 20), esclarece a função redutora do Direito Penal:

⁹ O funcionalismo sistêmico influenciado por Günther Jacobs, por exemplo, visa garantir a vigência da norma (prevenção positiva) sob o fundamento de que a violação desta quebra a confiança da sociedade. O funcionalismo teleológico de Claus Roxin, a seu turno, possui como pressuposto a proteção (prevenção de riscos) de bens jurídicos relevantes.

É na interpretação das leis penais manifestas que o direito penal pode realizar sua mais importante função de conter e reduzir o poder punitivo. [...] 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. Situadas em nível superior ao do estado de direito, tais águas represadas ameaçam ininterruptamente vazar por sobre o dique. Entre a abertura total das comportas, que afogaria o estado de direito, e a plena acumulação do volume de águas, que levaria ao mesmo resultado pela ruptura do dique ou pela ultrapassagem de seu nível, cabe uma operação seletiva, que deixe escoarem-se as águas menos sujas e procure abrandar as mais turbulentas. A metáfora do dique nos permite constatar que, se o poder punitivo distribui sua violência seletivamente, a contenção redutora que lhe opõe o direito penal também se exerce seletivamente.

O poder punitivo pode ser entendido como um fato político de força irracional, devendo a seleção penal ser racional para compensar, até onde possa, a violência seletiva do poder punitivo. Assim, o pressuposto da teoria funcional-teleológica redutora consiste na valoração negativa do poder punitivo.

A noção de delito como ação típica, antijurídica e culpável demonstra que referidas categorias (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) correspondem a filtros de racionalidade, exigidos para que se tenha uma seleção penal menos irracional, que permitem estabelecer sucessivas interrogações sobre uma resposta habilitante do poder punitivo por parte das agências judiciais.

Entretanto, o mero e simplório raciocínio dedutivo entre as categorias formais-analíticas do delito e uma determinada conduta concreta, tal como, infelizmente, ainda realizado, não é suficiente para que o exercício do poder punitivo seja racional¹⁰.

O plano da tipicidade constitui um primeiro filtro a que se deve submeter o comportamento supostamente delituoso, a fim de aferir-se sua criminalidade e, conseqüentemente, habilitar, de modo racional, a ultrapassagem do poder punitivo. Zaffaroni o considera como um terreno de conflito no qual colidem o poder punitivo e o direito penal (2010, p. 126), sendo que o primeiro visa a expansão de seu exercício arbitrário, importando-se o segundo em contê-lo racionalmente.

¹⁰ Do mesmo modo, a funcionalidade do conceito de direito para as teorias positivas da pena não fornece qualquer instrumento idôneo para que o poder punitivo se compatibilize com as exigências de um Estado Constitucional de Direito, pois mesmo observando os limites legais, a persecução de supostos objetivos político-criminais pode ensejar excessos de intolerável irracionalidade (ZAFFARONI, 2010, p. 62).

Pode-se afirmar, com maior precisão, que o tipo penal é a fórmula legal necessária ao poder punitivo para habilitar seu exercício formal, e ao direito penal para reduzir as hipóteses de pragmas conflitivos¹¹ e para valorar limitativamente a proibição penal das condutas submetidas a decisão jurídica (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 127).

Quanto mais idônea for uma doutrina penal para reduzir interpretativamente os tipos penais, menor será o poder punitivo de seleção pessoal que estará habilitado em uma determinada sociedade. Trata-se de uma tarefa de redução da seleção de ações, necessária para a redução da seleção criminalizante por características pessoais (vulnerabilidade).

É controverso que o legislador tenha sido sempre racional. Exatamente por isso, quando da atividade judicante, é indispensável que um juiz racional, partindo do tipo, deduza uma norma e, a partir desta, chegue ao bem jurídico tutelado, estabelecendo, desse modo, seu preciso âmbito de proibição.

A doutrina dominante, no que toca aos tipos dolosos, preconiza serem os mesmos complexos, isto é, são constituídos por um aspecto objetivo e outro subjetivo. “A investigação sobre a tipicidade de uma conduta exige uma análise que deve sempre principiar pelo aspecto objetivo” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 159).

À luz da sistemática funcional-teleológica redutora, pode-se afirmar que o tipo doloso objetivo possui duas funções: função sistemática e função conglobante¹².

A primeira (função sistemática) permite analisar, pela apreensão dos componentes objetivos que emergem da consideração isolada do tipo, se determinado pragma está inserido na matéria de proibição. O juízo de tipicidade, nesse sentido, é sinalizado pela mera subsunção perfeita da conduta praticada por alguém ao modelo abstrato previsto na lei penal. Perceba-se que, nessa etapa, o espaço de discussão da tipicidade se limita ao conteúdo dos aspectos objetivos do tipo isolado.

A segunda (função conglobante) busca verificar a efetiva conflitividade do pragma através da constatação da lesividade, assim como da possibilidade de ser o mesmo

¹¹ A expressão “pragma”, no sentido por Zaffaroni (2010) utilizada, indica uma conduta humana e seus correlatos efeitos exteriores no mundo.

¹² Zaffaroni (2010) também disserta sobre as funções sistemática e conglobante nos tipos culposos. A temática é, em sua obra, tratada em um tópico apartado (§36) em razão de suas especificidades. Entretanto, as considerações a seguir realizadas, especialmente no que toca à lesividade, podem ser aproveitadas, de igual modo, nos delitos culposos. Por outro lado, nos delitos omissivos, os contornos do tipo objetivo conglobante são tratados por Zaffaroni dentro da perspectiva da dominabilidade (2010, §39).

imputado objetivamente à determinada pessoa com um ato próprio (imputação por dominabilidade)¹³.

Tendo em vista as funções acima referidas, objetivando operacionalizá-las, Zaffaroni (2010) opta por dividir o tipo objetivo em tipo objetivo sistemático e tipo objetivo conglobante. A tipicidade conglobante atende à função redutora do direito penal ao se preocupar com a existência de um conflito (conflitividade) implicador de uma lesividade imputável a alguém.

Inegavelmente, também o tipo objetivo sistemático contém indicações sobre a lesividade e a imputação, porém, de forma rudimentar,

já que apenas se limita a abrir o espaço problemático de discussão ao tratar – dentro das fronteiras semânticas do tipo isolado – de um agente que atua como causante e de uma lesividade que emerge da dedução normativa muito primária. Pelo contrário, o tipo objetivo conglobante reconsidera o alcance da norma deduzida do tipo através de sua conglobação no universo de normas deduzidas de outros tipos e estabelecidas por (ou deduzidas de) outras leis penais ou extra-penais, segundo o princípio geral da coerência ou não contradição (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 160, grifo nosso).

Tendo em vista os objetivos deste trabalho, importa considerar a função conglobante em seu aspecto de análise da lesividade de uma conduta e, mais especificamente, de sua antinormatividade.

A lesividade deve ser estabelecida através da consideração da norma que se deduz do tipo (porém já não isolada) e sim conglobada na ordem normativa constituída por todo o conjunto de normas deduzidas, deduzíveis ou expressas em outras leis de igual ou superior hierarquia (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 159, grifo nosso).

A lesividade, segundo Zaffaroni (2010, p. 213), somente se apresentará quando se verificar que o pragma afetou, verdadeiramente, um bem jurídico; que tal afetação foi substancial, significativa e; se incidem ou não outras normas que, limitando o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado, o invalidem (ou o excepcionem), descaracterizando a afetação do bem jurídico.

¹³ “Para haver conflitividade, é preciso que haja ofensa e sujeito imputado” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 213).

Estes requisitos consubstanciam um mínimo racional, cuja violação excede o marco da irracionalidade geral ou habitualmente tolerada pelo Estado de Direito no que se refere ao poder punitivo, tornando-o insuportável ou inadmissível.

Pode-se afirmar, portanto, que a tipicidade conglobante apresenta uma função evidentemente normativa, já que se exige, além da constatação de significância lesiva, seja o pragma antinormativo, isto é, que efetivamente viole a norma dedutível do tipo considerando-a inserida em um universo de normas proibitivas e preceptivas (uma ordem normativa).

A lesividade conflitiva, considerada como um sustentáculo da função conglobada no tipo objetivo¹⁴, não requer sua prévia admissão de um Estado ou do “legislador racional”, visto que não se fundamenta em nenhuma legitimação do poder punitivo. Ao contrário, elege como prioridade a necessidade de contê-lo e limitá-lo racionalmente.

¹⁴ O outro aspecto da tipicidade conglobante, que aqui não será analisada em virtude de não corresponder aos singelos objetivos deste trabalho, refere-se à análise da dominabilidade do fato pelo autor. Conf., sobre o tema, Zaffaroni, *op. cit.*, §33.

3 A CONSIDERAÇÃO DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO EM SEDE DE ANTINORMATIVIDADE E A ATRIBUIÇÃO DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO AO SUJEITO ACUSADOR: A EXIGÊNCIA DE UM DIREITO PENAL REDUTOR DO PODER PUNITIVO IRRACIONAL.

3.1 Breves apontamentos sobre o conceito e a função da antinormatividade.

Segundo Wermuth (2010), a clientela do sistema penal brasileiro é composta, basicamente, por indivíduos pertencentes às camadas sociais destituídas de capital social e capital econômico, circunstância que demonstra a seletividade das políticas criminais em favor dos grupos detentores da maior parcela de poder, na medida em que são eleitos, como objeto de tutela penal, os bens jurídicos titularizados por estes últimos. A utilização irracional do Direito Penal para proteger determinados bens jurídicos também é evidenciada pela postura de criminalização primária de conflitos que sensibilizam, por efeitos indesejáveis reais ou por imposição midiática do medo e do terror¹⁵, a opinião pública. Acrescente-se a esse processo de criminalização sem lesividade a tutela penal de bens jurídicos pouco definidos, elásticos ou coletivos, tais como, o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública, a paz pública, o crime organizado, etc. (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 222).

A fim de se conferir uma mínima racionalidade à intervenção do poder punitivo, é indispensável que este se manifeste apenas nas ocasiões de uma efetiva e substancial lesividade a um bem jurídico, não podendo a questão da criminalização de condutas ser confundida com objetivos políticos de segurança pública, com a preservação de meros interesses dos grupos dominantes em detrimento das classes marginalizadas e com o atendimento dos anseios sociais não raramente impulsionados pelo discurso temerário construído pela mídia paternalista.

¹⁵ “[...] nos medos de ontem, como nos de hoje, não se questiona a violência de uma sociedade tão desigual e tão rigidamente hierarquizada, mas proclama-se por mais pena, mais dureza e menos garantias no combate ao que ameaça, criando uma espiral aparentemente infinita que vai afastando cada vez mais o debate das questões nodais da história do Brasil: igualdade, liberdade, acesso à terra, direitos, enfim, o protagonismo econômico, social e cultural do povo brasileiro.” (MALAGUTI BATISTA, 2005, p. 370 *apud* WERMUTH, 2010, p. 106).

Para Zaffaroni (2010), a constatação de lesividade requer sejam observados, cumulativamente, os seguintes pressupostos: i) a existência de uma concreta e real afetação de bem jurídico por uma conduta humana; ii) que essa afetação seja significativa e; iii) que essa afetação seja antinormativa, isto é, que viole a norma dedutível do tipo.

O juízo de antinormatividade, embasando-se no princípio da coerência ou da não contradição¹⁶, através de uma análise sistemática de toda a ordem normativa, busca verificar se determinada conduta viola, efetivamente, a norma que está por detrás de um tipo penal. A antinormatividade também traduz a noção de equilíbrio e segurança na relação existente entre o Estado de Direito e os indivíduos, na medida em que são normatizadas determinadas situações em que o sujeito pode exercer seu âmbito de liberdade sem que o Estado intervenha, injustificadamente, em sua esfera de autonomia. Desse modo, quando o Estado prescreve que determinada ação não é proibida, ou seja, é permitida pelo ordenamento jurídico considerado em sua totalidade normativa, estabelece-se uma garantia em prol dos direitos fundamentais e, especialmente, em prol do direito de liberdade.

Cumpra registrar que Zaffaroni (2010) considera que o conceito de tipo, concebido como disposição legalmente estabelecida, não se confunde com o de norma. As normas constituem enunciados que possuem por finalidade a regulação do comportamento humano, podendo apresentar um conteúdo determinativo, proibitivo ou permissivo, e que, ao serem incorporadas socialmente pelos processos estatais de institucionalização formal (legalização), recebem o predicativo da juridicidade e, conseqüentemente, da coercibilidade.

Segundo Zaffaroni (2010), uma conduta somente não será antinormativa quando corresponder a um dever jurídico de atuar nas mesmas circunstâncias ou, quando corresponder a um modelo de conduta que o próprio direito, considerado em sua totalidade normativa, fomenta.

Nesse sentido, a autoridade policial que, portando um mandado de busca e apreensão, adentra na residência de alguém para efetuar a diligência judicial não comete o delito de violação de domicílio (tipificado no art. 150 do Código Penal brasileiro), já que sua conduta encontra amparo em um dever jurídico funcional, não sendo, por isso, antinormativa. Do mesmo modo, um médico que, para salvar a vida de um paciente, efetua-lhe um corte

¹⁶ Zaffaroni (2010, p. 213) esclarece que o princípio da coerência ou da não contradição determina que o material legal – e as normas que dele são deduzidas – seja elaborado e analisado como um todo ordenado e coerente, onde outras normas penais (ou de outros ramos, especialmente, o constitucional) são instadas a participar da demarcação do alcance proibitivo de uma norma penal singular.

cirúrgico não pratica o delito de lesão corporal (previsto no art. 129 do diploma repressivo), visto que sua atividade (profissão) é fomentada pelo Direito.

Na primeira hipótese, segundo a doutrina tradicional, a conduta do agente seria típica, porém não antijurídica, porque justificada pelo estrito cumprimento de um dever legal¹⁷. Na segunda hipótese, a doutrina atual resolve a questão pela ótica do consentimento da vítima, ora considerando a atuação do agente como atípica, ora considerando como típica, mas não antijurídica¹⁸.

Ambas as situações, na proposta de Zaffaroni (2010), devem ser resolvidas no campo da antinormatividade, juízo prévio à antijuridicidade, já que não seria normativamente coerente aceitar que uma norma dedutível de um tipo legal proibisse uma conduta que é imposta, regulada ou fomentada por outra norma de idêntica hierarquia.

Com efeito,

Seria inadmissível que o poder punitivo pretendesse exercer-se através de normas que desorientassem o cidadão, assim desprovido de orientação normativa, porque lhe seria ilícito tanto realizar quanto deixar de realizar a mesma conduta. Diante de tal contradição, cabe à jurisdição promover a compatibilização das normas em presença, estabelecendo como um delas prevalecerá sobre a outra, recortando-a, ou declarando – se for o caso – a inconstitucionalidade de uma delas. Se o legislador muitas vezes não é racional, o juiz tem o dever republicano de sê-lo e de eliminar as contradições existentes na legislação (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 232).

3.2 A Teoria da Tipicidade Conglobante revisitada.

Propõe-se, no presente trabalho, que as demais causas justificantes (estado de necessidade¹⁹, legítima defesa²⁰ e exercício regular de um direito²¹), habitualmente tratadas

¹⁷ Art. 23, inc. III, primeira parte, do CPB.

¹⁸ “No Brasil, ainda predominam as soluções justificantes, que ora combinam exercício regular de direito e estado de necessidade, ora combinam consentimento do ofendido e exercício regular de direito” (ZAFFARONI, 2010, p. 247).

¹⁹ Art. 23, inc. I, do CPB.

²⁰ Art. 23, inc. II, do CPB.

pela doutrina e pelo Código Penal brasileiro como situações que excluem a antijuridicidade de uma conduta, sejam, de igual modo, analisadas no campo da antinormatividade, especialmente porque tal postura fortalece, ainda mais, a função sistemática-teleológica redutora do Direito Penal.

As causas de justificação constituem autorizações outorgadas pela ordem jurídica a fim de que a conduta de alguém, *a priori* considerada proibida, não habilite a intervenção concreta do poder punitivo.

Com efeito, um dever legal, mais que uma simples autorização, está inserido no âmbito regulatório de uma norma ordenativa. De modo semelhante, uma conduta que é fomentada pelo Direito, além de ser autorizada, é incentivada por uma norma que lhe empresta juridicidade.

Entretanto, o fato de o estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular de um direito não corresponderem a situações fáticas abarcadas por normas de conteúdo determinativo ou fomentador não lhes retira o *status* de situações normativamente reguladas (possuem conteúdo normativo permissivo).

A proposta teórica de Zaffaroni (2010), ao estabelecer pressupostos ou requisitos indispensáveis ao juízo de constatação da lesividade de uma conduta, determina que, além da efetiva, concreta e substancial afetação de um bem jurídico, seja a mesma contrária ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade normativa. Aludida concepção não estabelece ou sugere, portanto, qualquer distinção entre normas determinativas, fomentadoras ou, simplesmente, permissivas.

A questão que ora se coloca deve ser resolvida no campo da antinormatividade exatamente porque seria contraditório aceitar que determinada conduta fosse considerada proibida por sua inserção nos terrenos do tipo objetivo sistemático e, posteriormente, considerada permitida por refletir uma justificação concedida no edifício da antijuridicidade. O fato de ser uma conduta permitida pelo Direito indica, desde o início, que a mesma não é contrária às disposições cogentes (proibitivas ou determinativas) estabelecidas pelo ordenamento jurídico, estando inserida, portando, em um âmbito de plena normatividade.

Discorrendo sobre as antinomias eventualmente existentes em um ordenamento jurídico, Bobbio (1999, p. 85) preconiza que entre uma norma que proíbe fazer e uma que

²¹ Art. 23, inc. III, parte final, do CPB.

permite fazer existe uma relação de incompatibilidade marcada pela contraditoriedade. O filósofo político italiano exemplifica:

O art. 502 do Código Penal italiano considera a greve com um delito; o art. 40 da Constituição diz que: “O direito à greve exercita-se no âmbito das leis que o regulam”. O que a primeira norma proíbe, a segunda norma considera lícito, isto é, permite fazer (se bem que dentro de certos limites). Também essas duas normas são incompatíveis por contraditoriedade (BOBBIO, 1999, p. 86).

Além de ser exigível que o ordenamento jurídico não ratifique contradições normativas, a consideração das causas de justificação na esfera da antinormatividade revigora o compromisso democrático firmado entre o Estado e o indivíduo na medida em que aquele não poderá intervir na esfera de liberdade deste quando houver uma situação em que a conduta humana seja juridicamente permitida.

Tavares (2003, p. 319), sobre as causas de justificação, ensina que as mesmas devem ser consideradas a partir de uma perspectiva dinâmica que as compreenda como condições de soluções de conflitos sociais, e não como meras exceções de comportamentos proibidos. Nesse sentido, as situações normativamente permitidas funcionam como instrumentos de convivência social.

Cumprido ser ressaltado que a proposta aqui realizada não implica na anulação da antijuridicidade como categoria jurídico-formal. Pelo contrário. Eliminando-se o caráter de antinormatividade previamente alertado pelo juízo positivo do tipo sistemático, está-se valorando que determinada conduta não é antijurídica, razão pela qual não pode a mesma ser considerada penalmente típica já que inexistente lesividade e, conseqüentemente, conflitividade.

Corroborando a visão ora sustentada, Tavares (2003, p. 163) afirma:

Se seguirmos nossa proposta de elaboração de uma teoria do injusto, de modo que, numa primeira fase, deve ser questionados o tipo de injusto e os preceitos autorizadores da conduta, em face dos direitos fundamentais, o tipo não pode mais desempenhar o papel de indício de antijuridicidade.

E ainda:

[...] a análise dialética significa que os compartimentos do injusto – tipo e a antijuridicidade – não devem se situar como numa relação de causalidade, de

antecedente para consequente [...] a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas ou mandamentais, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas seu sentido formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal. [...] Esta antecipação do juízo de antijuridicidade não está, porém, circunscrita somente àquelas hipóteses de normas autorizadoras expressas, senão em todos os casos em que possa ser observada uma imediata contradição entre a antinormatividade, representada pela prática da ação típica, e a incidência de uma situação compreendida dentro de um contexto, ou de um processo de permissão (TAVARES, 2003, p. 165-167).

A própria lei penal, em algumas ocasiões, já realiza essa antecipação do juízo de antinormatividade quando insere no próprio tipo legal elementos de antijuridicidade, tal como ocorre, por exemplo, no delito de estelionato (art. 171 do CPB) com a expressão “ilícita”. Referida expressão pertence ao campo da antijuridicidade, mas se apresenta na descrição formal do tipo legal, de modo que sua ausência torna o fato não apenas permitido, mas atípico.

A análise das causas de justificação no juízo de antinormatividade, realizado, por sua vez, em sede do tipo objetivo conglobante, permite que a ordem (jurídica) normativa seja interpretada, articulada e aplicada de modo coerente, evitando-se contradições internas. Ademais (e a *fortiori ratione*), fortalece a função do Direito Penal como mecanismo de contenção e redução racional do poder punitivo na medida em que nega a habilitação deste quando uma conduta é juridicamente permitida.

No campo probatório processual penal, a concepção aqui defendida exige que as causas de justificação, enquanto situações a serem analisadas no juízo de tipicidade conglobante, correspondam à matéria de prova cujo encargo deve ser atribuído à acusação. Destaque-se que o posicionamento atualmente existente, segundo o qual cabe ao acusado comprovar a existência das causas de justificação eventualmente existentes em seu favor, favorece o irracional exercício do poder punitivo ao permitir a instauração de um processo penal mesmo inexistindo um pragma conflitivo.

O Estado Constitucional de Direito exige que qualquer restrição à esfera de autonomia de um sujeito corresponda a uma necessidade não alcançável por quaisquer outras vias existentes e permitidas pelo ordenamento jurídico, de modo que, apenas subsidiariamente e, mesmo assim, sendo observados rígidos e precisos requisitos, poderá o poder punitivo manifestar os seus efeitos. O direito de liberdade, nesse contexto, deve ser compreendido

como um valor fundamental necessário para a realização de todas as demais potencialidades personalíssimas, sendo inerente ao indivíduo por sua simples condição de ser humano e com existência precedente até mesmo à formação política do Estado.

As garantias processuais, ao determinarem que a liberdade de alguém somente poderá ser afetada através da aplicação de uma sanção penal depois de findado um devido processo legal em que se tenha a autoridade judicante competente concluído pela prática de um injusto culpável atribuível a um sujeito determinado, não traduzem, pelo menos nesta perspectiva, um respeito pleno à situação jurídica da liberdade. A instauração de um processo penal, dada a violência e a seletividade criminal próprias do poder punitivo, promove, *per se*, a estigmatização do sujeito acusado, o qual, materialmente, se vê destituído de certa parcela de sua liberdade antes mesmo do provimento jurisdicional condenatório definitivo. Além da redução do direito à liberdade, do indivíduo é retirada uma fração de sua dignidade, especialmente porque, no atual sistema penal brasileiro, a culpabilidade representa a regra, sendo a não culpabilidade a exceção. Tal situação ganha contornos de nitidez quando o sujeito “objeto” da persecução criminal coincide com o sujeito-cliente idealizado pelo poder punitivo (e pelos grupos que o legitimam), o qual vivencia os efeitos de uma condenação antecipada através do tratamento discriminatório dispensado pelas autoridades oficiais, pela mídia, pela família e pela sociedade em geral.

Como exemplo da truculência e da irracionalidade do poder punitivo, assim como das falhas ainda existentes no seio de um Estado de Direito, citem-se os efeitos do ato de indiciamento promovido pela polícia judiciária no âmbito de suas investigações preliminares (pré-processuais, portanto): mesmo concluindo a autoridade policial apenas pelos indícios de autoria e de materialidade de um delito, providencia-se a inserção da ocorrência nas folhas de antecedentes do sujeito indiciado, registro este comumente solicitado para a prática dos mais diversos atos da vida civil.

A consideração das causas de justificação no âmbito da antinormatividade da tipicidade conglobante enseja a contenção do poder punitivo na medida em que exige que as autoridades responsáveis pela persecução criminal comprovem, preliminarmente, a existência de uma praga conflitivo fundamentador da tipicidade penal. Não sendo a conduta antinormativa, inexistente lesividade a justificar a ultrapassagem do poder punitivo, razão pela qual não deverá o órgão acusador oferecer sua peça de acusação ou, se esta oferecida for, deverá ser liminarmente rejeitada pela autoridade judicante. No primeiro caso, evita-se que o procedimento seja instaurado, ao passo que na segunda hipótese

encurta-se a sua sobrevida quando comparada à situação em que se exige do acusado o encargo probatório de comprovar a existência de determinada justificante. Em qualquer caso, todavia, evita-se que o constrangimento desnecessário do processo penal seja perpetuado, garantindo-se que o direito de liberdade, assim como os direitos dele decorrentes, sejam, em maior medida, respeitados.

Assim, devem o Ministério Público ou o querelante (nas ações penais de iniciativa privada ou privada subsidiária da pública), ao provocarem a jurisdição penal através do oferecimento de sua denúncia ou queixa, comprovarem, previamente, que determinado delito não fora cometido ao amparo de uma causa de justificação, visto que, do contrário, estar-se-ia diante um *pragma* não conflitivo e, portanto, atípico.

A exigência de comprovação de inexistência de uma justificante pode ser inserida, inequivocamente, na locução “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, prevista no art. 41 do Código de Processo Penal²². Caso não se desincumba a acusação de seu ônus probatório, deverá seu pedido habilitante do poder punitivo ser rejeitado preliminarmente, visto que lhe faltaria *justa causa*²³ (a não comprovação da antinormatividade de uma conduta implica, conforme exposto, na sua atipicidade. Conseqüentemente, sendo atípico o fato, inexistente a materialidade de um delito, não se justificando o exercício da ação penal).

Posturas dogmáticas que prestigiam o poder punitivo poderiam objetar a impossibilidade de comprovar um fato negativo, segundo a regra *negativa non sunt probanda*. Entretanto, como ensina Badaró,

A doutrina moderna tem distinguido as negativas indeterminadas das negativas determinadas. O que é impossível provar são as alegações de fatos indeterminados, sejam eles positivos ou negativos. É perfeitamente possível provar o fato negativo determinado. [...] Todas as hipóteses de excludentes de ilicitude são definidas em termos estritos. A lei define quando ocorre uma excludente, estabelecendo quais são os seus elementos. Da mesma forma que as figuras penais são definidas em tipos, as excludentes de antijuridicidade também são típicas. Basta não estar presente um dos requisitos exigidos para a sua caracterização, que será afastada a excludente (2003, p. 317).

²² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

²³ Art. 395 (do CPP). A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
[...] III - faltar *justa causa* para o exercício da ação penal.

Assim, por exemplo, não materializa qualquer impossibilidade probatória a acusação demonstrar que o acusado não atuou em legítima defesa por não ter existido qualquer injusta agressão. Do mesmo modo, é totalmente plausível à acusação comprovar a inexistência de um estado de necessidade demonstrando que a ação praticada não foi para salvar o agente de um perigo atual, e sim pretérito.

Registre-se que a manutenção do entendimento atualmente prevalente na processualística brasileira pode levar a situações extremamente drásticas em que o exercício irracional do poder punitivo ganha contornos ainda mais evidentes. A título de ilustração, imagine-se a hipótese de decretação de uma prisão preventiva de um indivíduo que, embora tenha sua conduta subsumida ao tipo objetivo sistemático, atuou amparado por uma justificante.

Nessa situação, que não é incomum na *praxis* judiciária brasileira, caso o acusado não comprove, preliminarmente, aludida circunstância, poderá o mesmo ser mantido detido até o momento em que comprovar não ter agido antijuridicamente. Pergunta-se: se o indivíduo, desde o início, não atuou de forma antinormativa, é racional que o mesmo sofra, cautelarmente, os efeitos do poder punitivo? É justificável que o ônus probatório, no que toca à causa de justificação de sua conduta, seja ao mesmo atribuída, sob pena de permanecer provisoriamente detido e, até mesmo, condenado? Caso o sujeito seja absolvido de uma acusação por ter comprovado a existência de uma causa de justificação, havendo anteriormente sido decretada uma prisão preventiva cujo cumprimento se iniciou, sua liberdade será, de algum modo, restituída?

De certo, a resposta fornecida pela perspectiva funcional redutora do Direito Penal é, em todos os casos, negativa. Como solução, tendo em vista o objetivo de contenção racional do poder punitivo em prol da efetiva realização de um Estado Constitucional de Direito, propõe-se que toda e qualquer causa de justificação seja analisada no campo da tipicidade conglobante, cabendo ao sujeito acusador demonstrar, de forma inequívoca, o juízo positivo de antinormatividade da conduta que pretende imputar como delituosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Através da presente monografia, buscou-se evidenciar as incongruências que circundam o posicionamento tradicionalmente defendido no Brasil acerca da titularidade do ônus probatório penal no que concerne às causas de justificação de uma conduta.

Demonstrou-se ser juridicamente inadequado importar para o processo penal o modelo de distribuição do ônus probatório estabelecido no sistema processual civil, pois referida postura, ao considerar que as causas de justificação materializam fatos impeditivos ao fato constitutivo (juízo positivo de tipicidade) afirmado pelo sujeito acusador, representa uma afronta ao princípio constitucional da não culpabilidade. Ainda, nesse mesmo quadrante, restou evidenciado que no processo penal inexistem, verdadeiramente, uma pretensão titularizada pelo acusado, assim como que o juízo provisório de antijuridicidade construído a partir da realização do tipo penal, nos termos da teoria da *ratio cognoscendi* de Mayer, ao invés de significar uma presunção de injusto penal a ser desconstituída pelo acusado, traduz uma exigência relacionada à comprovação do juízo definitivo de antijuridicidade, através da inexistência de causas de justificação, pelo sujeito acusador.

Considerando a necessidade de se construírem objeções de natureza material ao entendimento sustentando pela dogmática e processualística penal brasileiras, apresentou-se a Teoria da Tipicidade Conglobante formulada por Zaffaroni (2010), proposta teórica esta balizada por uma concepção do Direito Penal como instrumento responsável pela contenção racional do poder punitivo. De fato, verificou-se que as sistemáticas classificatórias, influenciadas pelo dogma da neutralidade científica imposto pela escola naturalista, não permitem indagar o real papel do Direito Penal na sociedade contemporânea, quedando-se inertes no que toca ao controle das práticas político-criminais manifestadas por um Estado de Polícia que almeja romper os limites impostos pelo Estado Constitucional de Direito.

Assim, apresentou-se a sistemática funcional-teleológica redutora, perspectiva que, levando em consideração a incontroversa existência de uma sociedade dividida em classes, cuja ideologia prevalecente pertence aos grupos detentores de poder econômico e social, se preocupa com efeitos violentos de um poder punitivo discriminatório e avesso às prerrogativas de liberdade individual, especialmente aquelas titularizadas pelas classes historicamente marginalizadas e criminalizadas por suas condições de cor, raça, etnia e

situação econômico-social. Demonstrou-se, ademais, que o poder punitivo consiste em uma força política irracional que, de um modo ou de outro, existe em cada Estado de Direito, sendo, pelo menos até o presente momento, impossível contê-lo totalmente, de modo que cabe ao Direito Penal construir filtros de racionalidade cuja função reside na ultrapassagem das águas menos sujas e truculentas do Estado de Polícia.

A tipicidade conglobante materializa um sofisticado filtro de racionalidade a que se de submeter o poder punitivo, pois, conforme verificado, não admite que o juízo de tipicidade penal se satisfaça unicamente com a adequação formal de uma conduta individual ao enunciado objetivo do tipo sistemático. Para que uma conduta seja considerada penalmente típica, se faz imprescindível a existência de um pragma conflitivo, isto é, uma situação implicadora de uma conflitividade marcada pela concreta, substancial e antinormativa lesividade de uma conduta.

A antinormatividade, nesse contexto, desempenha a função de delimitar, normativamente, a matéria de proibição a princípio contida no tipo objetivo sistemático, verificando, para tanto, se a conduta praticada por alguém viola a norma subjacente ao tipo legal, não se olvidando que esta operação reconsidera o alcance da norma proibitiva ao equacioná-la com as demais normas existentes em uma dada ordem jurídica.

De certo, Zaffaroni (2010) compreende estarem inseridas em um âmbito de normatividade aquelas situações que, embora pudessem ser rotuladas como integrantes de um tipo objetivo sistemático, são determinadas pelo direito, através de normas determinativas, bem como pelo mesmo incentivadas, através de normas de fomento, razão pela qual as condutas amparadas em referidas normas não receberiam o sinal positivo da tipicidade conglobante e seriam, portanto, penalmente atípicas.

Demonstrou-se que toda e qualquer causa de justificação deve ser analisada em sede de tipicidade conglobante, visto que as permissões fornecidas pelo Direito estão integradas, de igual modo, em enunciados normativos, não havendo qualquer motivo idôneo que justifique uma diferenciação entre normas determinativas, normas de fomento e normas permissivas. A compreensão das justificantes como situações a serem consideradas no âmbito da antinormatividade, além de prestigiar o princípio lógico da não contradição ou coerência, reafirma o compromisso democrático realizado entre o Estado e os indivíduos, na medida em que, ao serem normatizadas determinadas situações em que o sujeito pode exercer seu âmbito de liberdade, o Estado se compromete a não intervir injustificadamente em sua esfera de autonomia.

Ademais, não esquecendo da função redutora do Direito Penal, a consideração das causas de justificação no âmbito da antinormatividade da tipicidade conglobante enseja a contenção do poder punitivo na medida em que exige que as autoridades encarregadas da persecução criminal comprovem, preliminarmente, a existência de uma pragma conflitivo fundamentador da tipicidade penal, o que significa dizer que o ônus probatório relacionado às causas de justificação (tecnicamente, relacionado à inexistência destas) deve ser exclusiva e totalmente atribuído ao sujeito acusador. A partir desta perspectiva, a jurisdição penal somente poderá ser provocada quando comprovada a existência de uma situação substancialmente conflituosa, reservando ao direito de liberdade a possibilidade de não ser injustificadamente restringido com a desnecessária e gravosa instauração de um processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. **Código de processo penal**. (1941). Brasília: Senado, 2010.

BRASIL. **Código penal**. (1940). Brasília: Senado, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). Brasília: Senado, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 871739/PE**. Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima. Dje de 09/12/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601&dt_publicacao=09/12/2008. Acesso em 12 de dez./2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Primeira Turma. **Apelação Criminal nº 25940**. Relator Desembargador Federal Márcio Mesquita. DJe de 13/01/2010. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/Pesquisa?processo=00105924320024036102>. Acesso em 12 de dez./2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Quinta Turma. **Apelação Criminal nº 23249**. Relator Desembargador Federal Ramza Tartuce. DJe de 28/04/2009. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00039046520024036102>. Acesso em 12 de dez./2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 6ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal nº 1.0216.07.044036-9/001**. Rel. Des. Denise Pinho da Costa Val. DJe de 06/03/2013. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/donumeroUnico=1.0216.07.044036-9%oCNJ=Pesquisar>. Acesso em 12 de dez./2013.

GUIMARÃES, Rodrigo Suzana. **Tipo total de injusto e processo constitucional**: a teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal. Belo Horizonte, 2008. 107f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Você tem medo de quê?** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, nº 53, p. 370.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas,

2005. v. 1.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. e Int. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 3.º v.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **A dimensão (des) humana do processo de expansão do direito penal: o papel do medo no e do direito punitivo brasileiro e o disciplinamento das classes populares**. São Leopoldo (RS), 2010. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Segundo Volume. Tomo I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.