

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**  
**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**TIAGO KALKMANN**

**O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO**  
**DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

**BRASÍLIA,**  
**JANEIRO DE 2017**

**TIAGO KALKMANN**

**O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO  
DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

Artigo apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito na área de direito penal e direito processual penal.

Orientador: André Vinícius de Almeida

**BRASÍLIA,  
JANEIRO DE 2017**

**TIAGO KALKMANN**

**O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO  
DA TIPICIDADE CONGLOBANTE**

Artigo apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito na área de direito penal e direito processual penal.

Brasília, DF, 1 de janeiro de 2017.

---

Prof. Dr. André Vinícius de Almeida  
Professor Orientador

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

## O ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPCIDADE CONGLOBANTE

Tiago Kalkmann

**Sumário:** Introdução. 1. O estrito cumprimento do dever legal. 1.1. Sistema das causas de justificação. 1.2. Pressupostos de incidência. 1.3. Contradições teóricas. 2. A teoria da tipicidade conglobante. 2.1. Pressupostos teóricos. 2.2. Tipicidade e antinormatividade. 2.3. Normas impositivas e permissivas. 2.4. Correção da tipicidade legal. 3. Reenquadramento dogmático do estrito cumprimento do dever legal. 3.1. Racionalidade normativa e princípio da legalidade. 3.2. A legitimação da atuação estatal. Conclusão.

**Resumo:** O presente artigo estuda o cumprimento de dever legal, extraindo os pressupostos de incidência, a análise doutrinária e as contradições derivadas de sua consideração como causa de justificação. Em primeira análise, revela-se que o estrito cumprimento de dever legal é ontologicamente diferente das demais causas de exclusão da ilicitude; além disso, apresenta diferente forma de análise e de aplicação. Apresentando os pressupostos da teoria da tipicidade conglobante, entende-se que é possível corrigir a tipicidade meramente legal para excluir de sua abrangência condutas que não se afiguram antinormativas, considerando que a norma se antepõe ao tipo e deve ser analisada em consonância com todo o ordenamento jurídico. Aplicada análise conglobada da tipicidade, excluem-se, de plano, aquelas condutas realizadas em estrito cumprimento de dever legal, pois, antes de serem antinormativas, cumprem o dever imposto pela norma. O reenquadramento do instituto para o plano da tipicidade, além de resolver contradições teóricas de sua análise, resolve problemas práticos. Por conseguinte, confere maior racionalidade e legitimidade ao sistema penal, facilitando a assimilação dos conteúdos reais de proibição da ordem normativa. Além disso, salvaguarda o legítimo exercício da autoridade pública de eventuais ataques, como a abertura de inquérito policial, a prisão em flagrante e a indenização por ato lícito.

**Palavras-chave:** Tipicidade conglobante. Permissão. Antijuridicidade. Estrito cumprimento de dever legal.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca explorar os efeitos penais do estrito cumprimento de dever legal dentro da teoria geral do crime, buscando compreender sua natureza jurídica e situá-la de forma a aprimorar a sistematização e a aplicação da legislação penal.

A doutrina tradicional derivada da teoria do finalismo (WELZEL, 2015) inclui o estrito cumprimento do dever legal dentre as causas de exclusão da antijuridicidade, desde que exercido nos limites estabelecidos pelo diploma ordenador. Contudo, observam-se diversas incongruências teóricas e práticas nesse enquadramento, demandando uma revisão teórica dessa tradicional divisão.

Para esta finalidade, parte-se da teoria da tipicidade conglobante, proposta por Zaffaroni (2002), para considerar o legítimo exercício de dever legal, em especial das autoridades públicas, como causa de atipicidade da conduta. Antes de divergir do paradigma finalista, a teoria supracitada nele se fundamenta (BRODT, 2005), buscando adequar de maneira mais eficaz o instituto dentro de seus pressupostos teóricos.

O que se pretende demonstrar é que a tipicidade conglobante serve como um corretivo para a tipicidade legal, excluindo do âmbito da proibição as condutas que, ainda que típicas, não estejam contidas na norma proibitiva. Nesse grupo, estariam incluídos tanto os atos típicos cometidos em cumprimento ao dever legal quanto aqueles fomentados pela ordem jurídica ou que não violem o bem jurídico anteposto ao tipo. Portanto, a adoção deste corretivo é útil para solucionar as incongruências teóricas e práticas que se extraem da análise do instituto do estrito cumprimento do dever legal.

Kelsen (1986) já explicitava a diferença entre as normas impositivas e as normas permissivas, destacando a necessidade de se conferir tratamento adequado à estrutura de cada um dos tipos normativos. Dessa forma, a racionalidade do sistema normativo penal exige o tratamento adequado das normas impositivas já no âmbito da tipicidade, possuindo natureza jurídica diversa das causas de justificação (tipos permissivos e não impositivos).

Dessa forma, a aplicação dos desdobramentos da teoria da tipicidade conglobante ao estrito cumprimento do dever legal serve como mecanismo de resolução das contradições entre a prática e o estudo dogmático do instituto, a serem abordadas.

Para tanto, buscar-se-á compreender, inicialmente, a posição dogmática tradicional acerca do estrito cumprimento do dever legal e das causas de justificação. Além disso, serão estudados os limites da atuação conforme o dever jurídico e as contradições teóricas e práticas do instituto em sua visão tradicional.

Em seguida, serão brevemente desenvolvidos os pressupostos e as conclusões da teoria proposta por Zaffaroni, destacando a forma como se enquadra o cumprimento dos deveres públicos dentro deste sistema.

Por fim, será demonstrado como pode ser feito o reenquadramento dogmático do instituto como causa de atipicidade da conduta. Partindo desse pressuposto, serão expostos os

efeitos benéficos dessa revisão dogmática, em especial o deslinde das contradições observadas entre a atual análise dogmática e o tratamento prático conferido ao instituto.

## 1. O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

O estrito cumprimento do dever legal, em matéria penal, refere-se à atuação de quem, sob o comando legal, pratica conduta descrita em um tipo legal de crime. Dessa forma, pressupõe a existência de uma norma impositiva prévia estabelecendo um dever e uma norma penal que tipifica a mesma conduta ordenada.

Observa-se no decorrer da história a ampla aceitação da ideia de que aquele que pratica um fato em geral proibido sob a égide de uma ordem legal não é merecedor de castigo (BRODT, 2005).

Um exemplo de grande valor simbólico dessa aceitação pode ser encontrado na obra de Foucault, que destaca a forma como o próprio condenado à pena de morte reconhecia a legitimidade do ofício de seus carrascos e recomendava que cumprissem sua função sem blasfemar (FOUCAULT, 2012).

Entretanto, a forma como o instituto foi tratado dentro da teoria geral do crime foi alvo de soluções diversas, assumindo por vezes a natureza de isenção de pena, exclusão da ilicitude, causa de atipicidade ou até mesmo ausência de culpabilidade<sup>1</sup>. Também na doutrina, até hoje se levantam vozes que questionam a natureza jurídica do instituto, postulando por adequações teóricas que resgatem o sentido pré-delitivo do instituto<sup>2</sup>.

O nosso Código Penal menciona o estrito cumprimento do dever legal entre as situações em que considera que não há crime, embora a rubrica do artigo se refira à exclusão da ilicitude<sup>3</sup>:

---

1 Deve-se destacar, contudo, importante exceção ao princípio da isenção de responsabilidade penal por cumprimento do dever legal no âmbito do direito penal internacional, mais propriamente no Tribunal de Nuremberg. Nos termos do art. 8º do Estatuto do Tribunal, o estrito cumprimento do dever legal e a obediência hierárquica constituíam no máximo circunstâncias atenuantes, não excluindo o crime (FERRO, 2002). De fato, a aplicação transmutada do instituto serviu para o propósito político de viabilização da condenação dos criminosos de guerra, ainda que a custo de conquistas da ciência penal e de garantias processuais.

2 Nesse sentido, além da teoria de Zaffaroni, que será exposta no tópico 2, *infra*, podem ser citadas ainda as teorias funcionalistas do delito de Roxin e de Jakobs, que propõem revisão nas categorias tradicionais da teoria do crime. Contudo, os próprios autores inserem a atividade do servidor público, por exemplo, dentro dos campos dos tipos justificadores, e não diretamente da atipicidade (ROXIN, 2008; JAKOBS, 2009).

3 É questionável a opção do Código Penal em inserir o estrito cumprimento de dever legal no mesmo inciso do exercício regular do direito. Os institutos possuem natureza jurídica distinta, sendo notória a diferença estrutural entre normas impositivas e normas meramente permissivas (ver tópico 2.3, *infra*). Mais correta parece ter sido a

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Portanto, a atual opção legislativa insere o cumprimento de dever entre as causas de justificação. Nossa doutrina tradicional compartilha do entendimento do legislador, buscando fundamentos ontológicos para justificar a consolidação do instituto entre os tipos permissivos (nesse sentido, por exemplo: MASSON, 2015; JESUS, 2015; BITENCOURT, 2016; BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004).

Cabe analisar o sistema das causas de justificação para se compreender os fundamentos para a inclusão do estrito cumprimento do dever legal dentro desta categoria.

### **1.1. Sistema das causas de justificação**

A doutrina há muito se controverte em tentativas de sistematizar as causas de justificação através de critérios ontológicos, que fundamentem a opção por permissões para as condutas típicas. Nesse sentido, as ideias de organização podem ser divididas em dois grupos: as teorias monistas e as teorias pluralistas.

O primeiro grupo de teorias busca encontrar um princípio unitário que justifique adequadamente todas as causas de justificação, normalmente orientado pela finalidade da conduta. Nesse sentido, podem ser citadas as teorias do meio adequado para fins justos, do interesse preponderante, da ponderação dos valores, entre outras (SANTOS, 2005).

Entretanto, as teorias monistas foram abandonadas em razão da utilização de conceitos vagos, indeterminados e incapazes de explicar unitariamente a natureza de cada uma das causas de justificação (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004).

Também Manuel da Costa Andrade (1991) ressalta os esforços das teorias monistas por sistematizar as permissões, mas destaca que nesta tentativa se perde a racionalidade de cada uma das causas em sua aplicação concreta. O autor sugere que deve ser conferido

---

opção do Código Penal Militar no seu art. 42, em que inseriu os dois institutos em incisos diversos, contribuindo para uma melhor compreensão sistêmica das causas de justificação.

sentino normativo, axiológico e político-criminal tanto ao universo das causas de justificação quanto a cada uma delas em particular<sup>4</sup>.

As teorias pluralistas, por sua vez, recorrem a diversos princípios gerais reguladores, para explicar uma ou mais causas de justificação em suas particularidades. De acordo com Bitencourt e Muñoz Conde (2004), as permissões estariam divididas entre aquelas fundamentadas pelo princípio da ausência de interesse e aquelas que se baseiam em um interesse preponderante. Entretanto, alertam que estes não são os únicos fundamentos e que deve ser estudado em cada causa de justificação em concreto o seu princípio informador<sup>5</sup>.

Juarez Tavares, em sua teoria do injusto penal, propugna pela conjugação do respeito à autonomia das decisões e da ponderação de bens como critérios informadores para a elaboração de uma teoria das causas de justificação (TAVARES, 2002)<sup>6</sup>. O autor explica a aplicação dos princípios da seguinte maneira:

Quer dizer que o Estado, pelo princípio da intervenção mínima, deve deixar que os conflitos se resolvam, num primeiro estágio, conforme a orientação que as próprias partes envolvidas lhe imprimam no caso concreto. Em segundo lugar, porque em virtude de uma ponderação de bens e valores, a lesão de bem jurídico se vê compensada pela possibilidade de se evitar mal maior (TAVARES, 2002, p. 323).

Na realidade, a aplicação proposta pelo autor é adequada para explicar causas de justificação como a legítima defesa e o estado de necessidade, mas falha no mesmo ponto em que as teorias monistas ao não abarcar outras hipóteses, em especial o estrito cumprimento de dever legal (embora o autor mantenha o instituto entre as causas de justificação)<sup>7</sup>.

---

4 O autor propõe, em sua obra, que existem elementos suficientes para que se configure o consentimento na seara penal como causa de justificação da conduta típica. Aponta, nesse sentido, que dentro do sistema das causas de justificação não existe qualquer argumento conclusivo que exclua o consentimento, pois a própria consistência das teorias monistas e pluralistas é posta em causa em razão das incongruências teóricas. Dessa forma, a própria possibilidade de sistematização das causas de justificação é posta em cheque (ANDRADE, 1991).

5 Dessa maneira, abre-se espaço para uma pletora infinita de fundamentos justificadores, que em muito escapam ao princípio constitucional da legalidade. Cada autor irá buscar seus próprios fundamentos para justificar a razão pela qual considera determinada conduta justificada: “prevalência do direito”, “proporcionalidade”, “necessidade”, “justificação pelo procedimento” (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2004), “princípio da proteção individual”, “afirmação do direito” (SANTOS, 2005), “princípio da autonomia”, “princípio da avaliação dos bens” (ROXIN, 2008), dentre outros.

6 Contudo, o próprio autor propõe em sequência que não se deve buscar uma solução correta, mas aquela “que mais se ajuste a um sistema que faz da liberdade individual o primado das indagações e efeitos da ordem jurídica” (TAVARES, 2002, p. 323), o que contradiz sua proposta de fundamentar uma teoria e é por demais abstrato e genérico para orientar uma solução prática em um problema de justificação.

7 Acerca das inconsistências teóricas da colocação do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação, veja o ponto 1.4, *infra*.

As teorias pluralistas, sob a escusa da análise concreta de cada um dos tipos justificadores, acabam por criar princípios ainda mais abstratos e manipuláveis para quaisquer situações que se queira justificar. Dessa forma, a lógica se inverte: ao invés de se buscar fundamentos para as causas de justificação, primeiro se imagina a situação justificadora e em seguida um argumento para explicar sua natureza jurídica. A ontologia da situação justificadora cede espaço aos valores oriundos do debate axiológico como merecedores de ressalva na esfera penal.

Manuel da Costa Andrade destaca que uma nota caracterizadora da atual experiência das causas de justificação é o crescente peso da dimensão político-criminal, tanto na doutrina quanto na prática, o que pode aumentar os espaços de recuo do direito face ao ilícito. Arremata o autor:

E a verdade é que, deste modo, se têm multiplicado as linhas de afrontamento e as aporias axiológico-normativas cuja superação reclama o recurso mais ou menos consciente aos princípios de legitimação material e, *hoc sensu*, às “causas últimas” de justificação. Daí que o discurso das causas de justificação se tenha convertido crescentemente no discurso da *dignidade de tutela*, da *carência de tutela*, da *dignidade penal*, isto é, no discurso da *política criminal*. Como, e a propósito da ponderação de bens explica LENCKNER, “do que se trata no princípio de ponderação de bens não é, em última instância, do valor abstracto dos bens mas antes do grau da sua *dignidade de tutela (Schutzwürdigkeit)* no caso concreto”. Também do lado da legítima defesa sobre crescentemente de tom entre os autores a preocupação de “limitar a punibilidade aos casos verdadeiramente dignos de pena (*wirklich strafwürdigen Fälle*)” (ANDRADE, 1991, p. 234)<sup>8</sup>.

Indo além, observa-se que a abstração e multiplicação dos fundamentos da justificação propicia a propagação das denominadas “causas supralegais” de exclusão da antijuridicidade. De fato, quanto mais amplos são os fundamentos, mais fácil é adequar uma situação não prevista em lei ao âmago de uma causa legal, caminhando no mesmo sentido da chamada “antijuridicidade material”<sup>9</sup>, inadmissível em razão do princípio da legalidade.

Na linha do quanto proposto por Zaffaroni (2002), entendemos que a causa de justificação deve vir sempre como um tipo permissivo, entendido este como a norma que concede o exercício legítimo de faculdade ou direito. Sendo assim, a justificação será sempre

---

8 O autor propõe uma sistematização das causas de justificação que ultrapasse as teorias monistas e pluralistas, por dele denominada de paradigma dualista. Segundo o autor, os dois grupos de teorias são questionáveis pela pretensão de absolutizar qualquer dos tópicos e erigi-lo em matriz doutrinal da problemática, o que põe em causa o próprio interesse científico de uma sistematização (ANDRADE, 1991).

9 Zaffaroni (2002) alerta que adoção de critérios amplos de justificação, como “nocividade social” e similares, funciona como uma via de mão dupla. Quando se fala de uma justificação supralegal se fala também de um injusto supralegal, o que é completamente inadmissível sob a égide do princípio da legalidade.

o exercício de direito autorizado e reconhecido por norma jurídica, sendo seu fundamento exclusivamente normativo.

## 1.2. Pressupostos de incidência

Para que o cumprimento do dever legal justifique a conduta típica, nos termos da doutrina dominante, é necessária a concorrência de alguns pressupostos ou requisitos.

O primeiro pressuposto é a preexistência de um dever contido em norma jurídica. Conforme preleciona KAUFMANN (1976), o dever nada mais é do que a vinculação jurídica de um indivíduo para a prática ou abstenção de determinado ato<sup>10</sup>.

Quando se fala em cumprimento de dever legal, está se afirmando que a conduta justificada deve estar pautada por um dever jurídico, excluindo aqueles deveres meramente religiosos ou morais, por exemplo. Contudo, a doutrina aponta que este dever não precisa estar contido apenas em lei em sentido estrito, mas pode ser derivado até mesmo de decretos, regulamentos ou outros atos administrativos com força de lei (SANTOS, 2005)<sup>11</sup>.

Para os fins desta pesquisa, a lei deve ser compreendida não apenas em seu sentido formal, mas também no seu sentido material (DI PIETRO, 2016). Dessa maneira, não cabe ao indivíduo atuar apenas conforme o sentido formal da lei, mas interpretá-la de acordo com seu sentido material: instrumento que realiza os valores consagrados na Constituição Federal. Caso a lei seja claramente violadora de direitos fundamentais, sem que haja qualquer controvérsia jurídica acerca de sua interpretação, o erro vencível acerca de sua interpretação não pode excluir a criminalização da conduta.

Cumprir destacar que os deveres jurídicos podem ter caráter público ou privado, conforme o encarregado de seu cumprimento seja ou não titular de cargo ou função pública. De acordo com KAUFMANN (1976), para que a norma se concretize em um dever é necessário um indivíduo determinado (não necessariamente particularizado). Embora o dever

---

10 Kelsen enfatiza que a noção de “dever” não se confunde com a de norma, mas são afins: dever é a norma na relação com o sujeito, e a conduta que realiza o dever é aquela que cumpre a norma. Portanto, norma é a forma abstrata de representação de um dever, sendo este a relação jurídica estabelecida entre o sujeito e a norma (KELSEN, 1976).

11 Para Juarez Cirino dos Santos, o conceito de estrito cumprimento de dever legal abarca as hipóteses de cumprimento de ordens de superior hierárquico, desde que a conduta seja realizada nos estritos limites da ordem (SANTOS, 2005). Contudo, o Código Penal adota solução diversa, incluindo a obediência hierárquica entre as causas de exculpação (art. 22 do CP), considerando-se a inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, a questão não é unânime na doutrina, existindo uma vertente doutrinária que, na linha do proposto por SANTOS, inclui a obediência hierárquica entre as causas de justificação (ROXIN, 2008).

de atuar seja mais comumente atribuído ao servidor público, como forma de cumprir as finalidades estatais, nada impede que o dever seja atribuído a um particular.

No caso de dever legal de caráter público, seu cumprimento será, antes de tudo, um ato administrativo do servidor público e deve preencher todos os seus elementos para justificar a conduta (BRODT, 2005)<sup>12</sup>. A doutrina administrativista adota o entendimento generalizado de que o ato administrativo possui cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (DI PIETRO, 2016; CARVALHO FILHO, 2016)<sup>13</sup>.

Contudo, deve-se ressaltar que em situações excepcionais a jurisprudência e parcela da doutrina (da qual discordamos) dispensam até mesmo a competência para a configuração do estrito cumprimento do dever legal, como no caso de policiais que perseguem indivíduo até comarca vizinha e lá efetuam a prisão (BRODT, 2005). As soluções ampliativas da exclusão de antijuridicidade para o servidor público se assemelham às teorias de antijuridicidade especial, denunciadas por Juarez Cirino dos Santos em sua obra por ampliar práticas ilegais ou arbitrárias de poder (SANTOS, 2005)<sup>14</sup>. O mais adequado do ponto de vista constitucional é que se aplique ao dever público a mesma lógica aplicada ao dever privado, no sentido da necessidade de observância estrita dos limites impostos pela lei ao exercício do dever (mormente considerado o sentido material de lei).

Sob o ponto de vista da finalidade do ato administrativo que cumpre dever, a discussão se imiscui no debate acerca dos elementos subjetivos dos tipos justificadores, a ser adentrada em sequência.

Para encerrar a compreensão do que se entende por dever jurídico, devem ser ressaltados os deveres impostos pela lei a particulares. Primeiramente, existe um grupo de deveres atribuídos pela lei a particulares, mas que são motivados pelo interesse público. Nesse grupo, pode ser citado, por exemplo, o dever dos pais e tutores de dirigir a criação e educação dos filhos e pupilos (art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

---

12 Aqui é importante ter em mente o conceito amplo de servidor público para fins penais, conforme o disposto no art. 327 do Código Penal. Até mesmo aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública em entidade paraestatal são equiparados a funcionários públicos pela lei penal. Dessa forma, ainda que pareça interessante propor a necessidade de preenchimento dos elementos do ato administrativo para a eficácia penal do estrito cumprimento do dever legal, como faz BRODT (2005), essa solução passa ao largo da ampla diferença entre o conceito administrativo e penal de servidor público. Enquanto a exigência da competência, por exemplo, faz todo sentido no caso de servidor público estatutário, adentra-se em um campo muito nebuloso quando se pretende exigir o requisito até mesmo dos diretores de entidades paraestatais, por exemplo. Portanto, a exigência absoluta dos elementos do ato administrativo deve ser ainda refinada.

13 Esse critério de cinco elementos do ato administrativo possui não apenas ampla aceitação doutrinária, mas também respaldo legal, pois está expressamente contido no art. 2º da Lei nº 4.717/65.

14 O autor denuncia as tentativas dogmáticas de construção de uma antijuridicidade especial por entender, primeiramente, que não se coadunam com a dogmática penal, na medida em que uma dupla noção de antijuridicidade viola a noção de isonomia. Da mesma forma, afirma que qualquer intervenção oficial sem adequação aos limites legais gera o direito de resistência, desbordando dos limites do ato justo (SANTOS, 2005).

Entretanto, de maior relevo se afiguram os deveres derivados dos crimes omissivos tipificados pelo Código Penal. No caso dos crimes omissivos próprios, a lei penal cria dever de agir oponível a todos que se encontrem em determinada situação. Já no caso dos crimes comissivos por omissão, o dever da posição de garantidor atribuída pela lei penal (art. 13, § 2º do Código Penal). Pode-se observar que alguns deveres contratuais são elevados à categoria de deveres legais, dos quais o obrigado não pode se furtar ao cumprimento sob pena de responsabilização penal.

A doutrina se controverte sobre a necessidade de elementos subjetivos nos tipos justificadores. Dentro do sistema causalista, as causas de justificação tem carácter puramente objetivo, dispensando qualquer ânimo por parte do agente. Nesse sentido, a exclusão da antijuridicidade persistiria ainda que o agente tenha atuado sem dela ter consciência, seja por erro de fato ou erro de direito (HUNGRIA, DOTTI, 2016).

Entretanto, dentro do paradigma finalista, é inevitável que se passe a exigir um elemento subjetivo para as causas de justificação, que poderia ser resumido como a vontade de atuar autorizado pelo direito. Aliás, não faria sentido reconhecer a ação como um acontecimento finalístico (WELZEL, 2015) e negar a presença de finalidade na ação justificada.

JAKOBS (2009) destaca que existe controvérsia acerca do alcance do elemento subjetivo na justificação. Parte da doutrina exige que o agente atue com o conhecimento da situação justificante e com a finalidade justificante (com a expressa finalidade de cumprir a lei, no caso do estrito cumprimento do dever legal)<sup>15</sup>. Por outro lado, outros autores defendem a necessidade apenas do conhecimento da situação justificante e atuação neste sentido, ainda que não haja a finalidade justificante<sup>16</sup>; a esta posição se filia o autor<sup>17</sup>.

Este debate não é inócuo no âmbito do estrito cumprimento de dever legal, especialmente quando se considera o impasse doutrinário da justificativa em dois atos (JAKOBS, 2009). Imagine-se o exemplo do policial que deve executar a prisão em flagrante de indivíduo surpreendido em prática de delito (art. 301 do CPP), mas o faz com a finalidade de forçá-lo a saldar uma dívida preexistente (TAVARES, 2002). Nessa hipótese, a posição

---

15 Nesse sentido, a doutrina clássica finalista (WELZEL, 2015).

16 O autor denomina o conhecimento da situação justificante como “dolo de justificação” e a finalidade da conduta como “intenção de justificação”. Segundo o autor, presente o primeiro, descabe exigir que a finalidade do ato seja também justificante, pois criaria situações injustas. Seria o caso do médico que realiza cirurgia sabendo da necessidade de salvar o paciente da morte, mas com a finalidade de receber os honorários pelo procedimento (JAKOBS, 2009).

17 No mesmo sentido, ROXIN (2008), para quem exigir a finalidade justificante levaria à impossibilidade probatória deste extremo.

mais consentânea com o finalismo julga ausentes os pressupostos subjetivos da justificação, pois inexistente a finalidade de justificação.

Superadas as doutrinas causalistas do delito, a ausência dos elementos subjetivos da causa de justificação leva sem dúvida à sua não incidência. Entretanto, a doutrina francamente majoritária entende que o agente não pode ser castigado em sua plenitude, merecendo ser punido como delito tentado em razão de ter agido sob o amparo fático da causa de justificação (ROXIN, 2008; STRATENWERTH, 2005).

Entretanto, essa não nos parece a solução correta, pois a aplicação da tentativa se torna uma ficção insustentável em razão da evidente consumação do delito, como no exemplo supracitado. Dessa forma, entendemos melhor a solução proposta por CESANO e MESA (2010), ao sugerirem que o problema deve ser resolvido no momento da fixação da pena, em razão do reduzido desvalor do crime. Nesse sentido, afirmam os autores:

Si – como aqui se hace – defendemos un fundamento dual de la ilicitud (disvalor del resultado y disvalor de la acción), es indudable que el injusto será menor – y, como reflejo de esto, la reducción de pena se impone – cuando sea menor el disvalor del resultado (precisamente porque con mi acción salvo un bien de mayor valor [siguiendo con el ejemplo del estado de necesidad]), aun cuando subjetivamente la conducta haya respondido a fines no justificados<sup>18</sup>. (CESANO, MESA, 2010, p. 139).

Acerca do erro na suposição de situação justificante, a doutrina também se controverte. Inicialmente, cabe uma diferenciação: enquanto na ausência de elemento subjetivo a situação justificante ocorre sem o conhecimento do agente, no erro o agente supõe a ocorrência de situação justificante que, na realidade, não ocorreu.

STRATENWERTH (2005) identifica duas hipóteses de erro sobre a ilicitude. A primeira diz respeito à suposição errônea de que exista na lei uma causa de justificação que se amolde à situação fática (erro de permissão). Essa hipótese é enquadrada pela doutrina como erro de proibição.

Entretanto, no caso de suposição errônea sobre a verdade dos fatos que se amoldam a um tipo permissivo (erro de tipo permissivo), a doutrina se divide entre a teoria limitada da

---

18 “Se – como aqui se faz – defendemos um fundamento dual da ilicitude (desvalor do resultado e desvalor da ação), é indubitável que o injusto será menor – e, como reflexo disto, a redução da pena é medida que se impõe – quanto menor for o desvalor do resultado (precisamente porque com minha ação salvo um bem de maior valor [seguindo com o exemplo do estado de necessidade]), ainda que subjetivamente a conduta tenha respondido a fins não justificados” (CESANO, MESA, 2010, p. 139 – tradução livre).

culpabilidade, que trata esse erro como erro de tipo<sup>19</sup>, e a teoria extrema da culpabilidade, que o inclui dentre os erros de proibição<sup>20</sup> (ALMEIDA, 2005).

O Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade, tratando o erro de tipo permissivo como erro de tipo, conforme se extrai do art. 20, § 1º. Entretanto, persistem vozes doutrinárias que defendem ainda o acerto dogmático da teoria extrema da culpabilidade<sup>21</sup> ou que propõem soluções alternativas à controvérsia<sup>22</sup>.

O terceiro e último requisito para a configuração do tipo permissivo (segundo a teoria dominante) do cumprimento do dever legal é que este seja um cumprimento “estrito”.

Na verdade, esta é uma consequência do postulado da punibilidade do excesso, contido no parágrafo único do art. 23 do Código Penal. Segundo a doutrina, o excesso na justificação se configura quando o agente inicia uma conduta justificada, mas age de maneira desproporcional e ultrapassa os seus limites (CESANO, MESA, 2010)<sup>23</sup>.

BRODT (2005) afirma que os sentidos de adequação e necessidade já estão contidos no próprio significado de “cumprimento”, razão pela qual a palavra “estrito” requer algo a mais, no sentido de corresponder à real vontade da ordem jurídica. Para esse fim, alguns princípios devem orientar o cumprimento do dever legal: intervenção mínima, proporcionalidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, STRATENWERTH (2005) destaca que o Estado não está autorizado a exercer quaisquer ingerências discricionárias, razão pela qual a atuação pública não configura, por si só, causa de justificação<sup>24</sup>.

---

19 A solução proposta pela teoria limitada da culpabilidade, segundo STRATENWERTH (2005), se aproxima à proposta da teoria dos elementos negativos do tipo, segundo a qual o tipo pressupõe sempre a negação de uma situação justificante para configurar conduta típica. Além disso, a vontade do autor estaria dirigida a um situação fática que se amolda ao direito, o que é exatamente o conceito de erro de tipo.

20 A teoria extrema da culpabilidade argumenta que o autor em erro de tipo permissivo sabe que está realizando conduta típica, o que já se mostra, a princípio, como irregular. Deveria, dessa forma, revisar a suposição de um fato justificante, razão pela qual o erro não pode excluir o dolo, mas somente culpabilidade, pois o dolo típico está plenamente presente (STRATENWERTH, 2005).

21 Nesse sentido, ALMEIDA (2005) defende que a teoria estrita (ou extremada) é correta pois mantém o reconhecimento de fato típico doloso nas hipóteses de erro de tipo permissivo.

22 JAKOBS (2009) destaca que apenas dentro da teoria da culpabilidade existem seis diferentes vias de solução, com três resultados distintos. Dentre elas, a teoria da culpabilidade remetente às consequências jurídicas (MUÑOZ CONDE, 1989) criaria uma espécie *sui generis* de erro, que excluiria apenas a culpabilidade dolosa, mas mantendo a tipicidade dolosa da conduta. Dessa forma, continua existindo a possibilidade de tentativa e de participação acessória (JAKOBS, 2009).

23 Os autores destacam que é necessário que a conduta tenha sido iniciada nos limites da justificação para que se configure o excesso. Caso a conduta esteja desde o início fora dos limites impostos pela permissão, trata-se de hipótese de erro de tipo permissivo (CESANO, MESA, 2010).

24 O autor destaca a necessidade de que a conduta seja fundamentada e motivada, reforçando a já citada necessidade de que o cumprimento de dever seja um ato administrativo válido e completo. Nesse sentido, afirma, por exemplo, que caso a atuação legal dependa de uma suspeita, devem estar presentes elementos que indiquem a razoabilidade da suspeita.

O excesso será punido como ato doloso ou culposo, caso existente essa previsão. Em regra, os excessos na atuação pública são punidos como crime de abuso de autoridade previstos na Lei nº 4.898/1965, não sendo excluída, contudo, a aplicação do Código Penal<sup>25</sup>.

Por fim, a atuação pública fora dos limites legais pode configurar crime ainda mais grave, como a prática de tortura, desde que a conduta excedente se enquadre nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei nº 9.455/1997.

### **1.3. Contradições Teóricas**

Neste último tópico, buscar-se-á expor algumas contradições dogmáticas que se depreendem do enquadramento do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação da conduta típica.

Inicialmente, cabe destacar que o cumprimento de dever legal destoa de qualquer análise preliminar sobre as causas de justificação. A impressão que sobressai da análise inicial do art. 23 do Código Penal é a de que as causas de exclusão da antijuridicidade são permissões concedidas pela ordem jurídica, aptas a afastar a presunção de ilicitude da conduta típica.

Contudo, o estrito cumprimento de dever legal diverge desta análise inicial. Nos outros institutos (como a legítima defesa e o estado de necessidade), o agente possui apenas uma permissão para agir, direito que ele pode optar por não exercer. No caso de cumprimento do dever legal, o agente é obrigado a realizar a conduta prevista na norma penal e o descumprimento será considerado ato ilícito face à norma que instituiu o dever de conduta.

O simples fato de o Código Penal prever todos os institutos no mesmo dispositivo não é capaz de equiparar o exercício de uma permissão ao cumprimento de uma obrigação: a permissão é concedida no interesse do agente, enquanto a obrigação é imposta no interesse do Estado.

Como já destacado alhures, dentre todas as teorias monistas, nenhuma foi capaz de propor um critério que explicasse de maneira adequada todas as causas de justificação. Notoriamente, o estrito cumprimento de dever legal sempre era causa inexplicada e deixada de lado pela doutrina. A teoria dos meios adequados para fins justos, por exemplo, apesar de

---

25 Existe uma corrente doutrinária, sustentada por JESUS (2015), que entende que a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade é apenas subsidiária em relação aos crimes previstos no Código Penal que contêm o abuso como elementar ou como circunstância qualificadora.

explicar bem a legítima defesa, não fundamenta o cumprimento de dever, uma vez que não se trata de um meio adequado, mas de um meio simplesmente necessário, não cabendo àquele que cumpre o dever questionar a adequação da obrigação além da medida razoável (SANTOS 2005)<sup>26</sup>.

Também as tentativas pluralistas não justificam a colocação do cumprimento de dever, uma vez que seu caráter politizado inverte a ordem de sistematização, como já identificado em outro momento (ANDRADE, 1991).

A doutrina, ao explicar as causas de justificação, tampouco se preocupa em traçar conceitos que incluam, de alguma forma, o cumprimento de dever. Pelo contrário, o que se depreende da dogmática acerca do tema é a tentativa de explicar as causas de justificação através do conceito de “tipos permissivos”, o que, obviamente, não pode alcançar o cumprimento de norma cogente (TAVARES, 2002; STRATENWERTH, 2005; JAKOBS, 2009; dentre outros).

Juarez Tavares (2002), ao propor um conceito de justificação, afirma que as causas devem ser vistas como permissões de dupla qualidade: subordinadas aos direitos fundamentais e motivadas por circunstâncias de setores determinados da ordem jurídica. Entretanto, as normas que impõem deveres não podem ser consideradas como meramente permissivas. Outrossim, a proposta da justificação como medida de solução de conflitos sociais não abarca o instituto em análise, uma vez que o conflito já foi previamente solucionado pela lei ao impor o dever de agir. Entretanto, o próprio autor mantém o estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação<sup>27</sup>.

Dessa forma, não existem fundamentos ontológicos que justifiquem a permanência do estrito cumprimento de dever legal entre as excludentes de ilicitude. Na verdade, a doutrina se resigna a manter as categorias classicamente atribuídas, sem questionar as contradições facilmente observáveis (BRODT, 2005).

---

26 As outras teorias monistas também não buscam explicar o cumprimento de dever. A teoria da maior utilidade do que dano, por exemplo, proposta por Sauer, resume as causas de justificação à presença ou ausência de dano graduável, o que não se verifica, *a priori*, no cumprimento de dever. Da mesma forma, a teoria do interesse preponderante, de Mezger, apesar de se aproximar da ótica de interesse público que motiva o cumprimento de dever (na maioria dos casos), ignora o cumprimento de deveres legais privados. Além disso, ao resumir o cumprimento de dever a um interesse, não se explica a ilicitude da conduta que descumpra o dever, o que poderia levar à colocação do cumprimento de dever entre as causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. A respeito das teorias citadas, confira-se SANTOS (2005).

27 Juarez Tavares propõe que a teoria das causas de justificação deve ser formada pela conjugação do respeito à autonomia de decisões e da ponderação de bens (TAVARES, 2002). Entretanto, mais uma vez parece que os critérios propostos não incluem o cumprimento de dever: não se pode falar em autonomia de decisões quando se considera a ilicitude do ato que desconsidera o dever legal.

Sob a ótica da racionalidade das leis penais (RIPOLLÉS, 2016), não se pode admitir que o tipo penal proíba aquilo que a própria ordem jurídica obriga, pois não pode o direito materializar sistemas contraditórios simultaneamente válidos. Portanto, a melhor solução é resolver o problema do estrito cumprimento de dever legal já no plano da atipicidade da conduta.

Uma vez adotada a concepção dominante, proposta por Mayer, que enxerga a tipicidade como a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015), a consequência imediata é que toda conduta típica será também ilícita até que se prove de outra forma. Contudo, causa estranhamento pensar que o oficial de justiça que cumpre mandado de busca e apreensão pratica conduta presumidamente ilícita.

De fato, o próprio senso comum nos indica que o exercício de determinadas atividades não pode ser considerado ilícito, e a realidade social nos corrobora a conformidade ao direito destas condutas por ele ordenadas<sup>28</sup>. Nesse sentido, afirma Ripollés que

a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas (RIPOLLÉS, 2016, p. 87).

Carnelutti (2002) já argumentava que o delito se fundamenta justamente na obrigação de não inferir o dano, sendo necessária a exclusão do próprio delito sempre que haja a obrigação de irrogá-lo. O autor cita como exemplo a função do carrasco, que não poderia ser considerada criminosa nem em primeira análise.

Na realidade, o enquadramento do estrito cumprimento de dever legal como causa da exclusão de antijuridicidade resulta da resiliência da doutrina em aceitar a existência da tipicidade material e ultrapassar as fronteiras do mero rigorismo da exegese típica<sup>29</sup>. Por óbvio, não se propõe o uso de interpretação extensiva para a análise da tipicidade; apenas se propõe que os conflitos de normas devam ser resolvidos já no plano da tipicidade, evitando a

---

28 Tome-se como exemplo o fato de não haver abertura de inquérito policial para investigar a conduta do oficial de justiça que invade uma residência, tratamento diverso daquele conferido a quem mata e legítima defesa. Nesse e em outros casos, a realidade social não se adequa ao tratamento normativo. Para mais detalhes, consulte 3.2, *infra*.

29 BRODT (2005) opina no sentido de que o enquadramento do instituto deve-se ao fato de que a concepção inicial de tipo elaborada por Beling era valorativamente neutra, não indicando qualquer elemento de ilicitude. Dessa forma, era natural que o cumprimento de dever fosse enquadrado entre as excludentes de ilicitude. Entretanto, afirma o autor que hoje não se pode sustentar que a conduta que cumpre dever gere presunção de ilicitude, sendo mantido esse enquadramento apenas em razão da ausência de discussão mais aprofundada sobre o tema.

presunção de ilicitude de uma conduta que materialmente não se enquadra na descrição típica<sup>30</sup>.

Além disso, a persistência da análise donexo causal sob o ponto de vista exclusivamente naturalístico e sob o enfoque da teoria da equivalência dos antecedentes é o que permite que a conduta cumpridora de dever seja considerada típica pela doutrina tradicional. Neste ponto as teorias funcionalistas do crime tendem a ser mais vanguardistas, na medida em que buscam superar a relação tradicional entre ação e resultado (sem abandonar a teoria da equivalência). Nesse ponto, a imputação objetiva seria o corretivo da equivalência, no sentido de só serem consideradas típicas as condutas que criarem um risco proibido pela ordem jurídica (JAKOBS, 2009; ROXIN, 2008). Entretanto, os próprios autores, apesar de suas contribuições, incluem a atividade do servidor público entre as excludentes de ilicitude, solução esta da qual discordamos em razão de entendermos ser a atividade ordenada pela lei um risco permitido<sup>31</sup>.

Dogmaticamente falando, a concepção do cumprimento de dever como excludente de ilicitude não resguarda adequadamente o legítimo exercício da autoridade pública. A possibilidade de exercício de defesa em face de conduta típica e lícita já foi alvo de debates na doutrina, razão pela qual excluir a relevância penal da conduta já no plano da atipicidade resguarda o cumprimento de dever de embates doutrinários, bem como diminui a estigmatização do agente (BRODT, 2005).

Igualmente, não se deve olvidar que a teoria da acessoriedade mínima admite a participação em conduta típica e lícita<sup>32</sup> (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). Seria absurdo imaginar a possibilidade de que o taxista que conduz o oficial de justiça até residência para cumprir medida de constrição judicial possa vir a ser denunciado por prestar auxílio em crime

---

30 Tal análise é consentânea com o sentido material da lei, que proclama o caráter obtuso da análise isolada da lei sem confrontá-la com o ordenamento circundante. Caso se dispense a análise do sentido material da lei, até mesmo o controle de constitucionalidade torna-se impossível. O tipo penal, como genuína manifestação de lei, não pode estar isento da análise de seus pressupostos materiais.

31 Para ROXIN (2008), risco permitido seria aquele penalmente relevante mas que encontra-se em geral permitido, independentemente do caso concreto. Já para JAKOBS (2009), o risco permitido seria aquele inerente à configuração social, o que aproximaria o conceito daquele trazido pela teoria da adequação social (JESUS, 2007). Damásio entende, ainda, que pelo conceito de risco permitido do autor estariam excluídas da tipicidade as diligências do oficial de justiça, por exemplo, embora JAKOBS não solucione a questão da mesma forma.

32 A teoria da acessoriedade mínima é minoritária, mas encontra vozes doutrinárias. Segundo esta teoria, basta que a conduta principal seja típica para que reste configurada a participação criminosa, ainda que na presença de excludente de ilicitude. A teoria majoritária, contudo, exige que a conduta principal seja típica e antijurídica para que se possa falar em participação: é a teoria da acessoriedade mínima. A teoria da acessoriedade extrema, que exige que a conduta principal fosse típica, antijurídica e culpável, apesar de ter encontrado fôlego inicial, também é minoritária, perdendo espaço para a teoria da acessoriedade limitada (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015).

de invasão de domicílio. Entretanto, o enquadramento do cumprimento de dever como excludente de ilicitude não veda o levantamento de teses deste jaez.

Não se pode negar, diante do exposto, que são muitas as contradições e incongruências teóricas no tratamento dogmático do estrito cumprimento de dever legal. Além disso, a doutrina não se debruça sobre a questão, ainda que se argumente que a forma como a questão é tratada abre espaço para ilações absurdas e prejudica a racionalidade e a coesão do sistema penal. O que se propõe, em sequência, é a análise de uma teoria acerca do crime que pode oferecer uma solução para o tratamento da questão: a teoria da tipicidade conglobante.

## 2. A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

A concepção conglobante da tipicidade foi elaborada por Zaffaroni, segundo o qual a tipicidade penal deve sempre evidenciar uma verdadeira proibição penalmente relevante; para que essa proibição seja de fato verdadeira, a norma deve ser considerada em relação a todo o ordenamento jurídico (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015).

Pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula típica aparente abarcar hipóteses quando analisada isoladamente, mas estas mesmas hipóteses de modo algum podem ser consideradas incluídas na proibição quando consideradas em confronto com o restante das normas do ordenamento (ou seja, conglobadamente)<sup>33</sup>.

De fato, preleciona o argentino que “la norma antepuesta al tipo que tomamos em consideración para determinar la tipicidad legal de una conducta, no se halla aislada, sino que forma parte de un universo de normas dispuestas conforme a un cierto orden, que es el *orden normativo*”<sup>34</sup> (ZAFFARONI, 2002, p. 486). Dessa maneira, o passo descrito pelo autor é de que toda conduta apenas estará realmente abarcada pelo tipo quando tomado este como parte de todo o universo normativo.

Portanto, o que se propõe é que a tipicidade conglobante seja um corretivo para a tipicidade normativa, ajudando a se compreender o real espectro de incidência da norma proibitiva além da análise isolada dos elementos típicos.

---

33 Por essa razão, Ivan Martins Motta defende que é possível chegar à mesma conclusão de Zaffaroni através da ideia de conflito aparente de normas. Segundo o autor, o que se verifica é o concurso aparente entre a norma penal, que proíbe que se prive alguém da liberdade, por exemplo, e a norma não penal, que ordena a prisão em flagrante (MOTTA, 2000).

34 “A norma anteposta ao tipo que tomamos em consideração para determinar a tipicidade legal de uma conduta, não se encontra isolada, mas faz parte de um universo de normas dispuestas conforme uma certa ordem, que é a ordem normativa” (ZAFFARONI, 2002, p. 486 – tradução livre).

## 2.1. Pressupostos teóricos

Os fundamentos teóricos de Zaffaroni para a formulação da teoria partem do processo de gestação do tipo penal.

Segundo o autor, o processo se inicia quando um determinado bem da vida humana é considerado merecedor de interesse jurídico. O objeto é então, valorado pelo legislador, passando a se tornar um bem jurídico<sup>35</sup>.

A forma como o bem é valorado pelo legislador se manifesta através de uma norma jurídica que o tutela. Zaffaroni (2002) destaca que a norma jurídica não se confunde com a lei, muito menos com a lei penal, mas se antepõe logicamente a ela. Portanto, a lei é apenas a manifestação da norma jurídica que protege determinado bem jurídico.

Em razão do interesse jurídico positivo sobre determinado bem (que gera bens jurídicos), surge um interesse jurídico negativo sobre determinadas condutas que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico.

O tipo penal seria o último passo da sequência valorativa do legislador. A partir do momento em que determinadas formas de afetação do bem jurídico requerem uma consequência jurídica especial (mais grave do que aquela já prevista em outra norma jurídica), o legislador os tutela com uma sanção penal, passando a ser um “bem jurídico penalmente tutelado”<sup>36</sup>.

Dessa maneira, o caminho seguido pelo legislador se inicia com a valoração de um bem, revelada através de uma norma, que pode vir a ser concretizada em um tipo penal. De fato, a ordem exposta pelo autor não é necessariamente cronológica, mas lógica: quando se considera a vida um bem juridicamente relevante, é criada uma norma geral que proíbe que se mate outrem, vindo esta norma a ser posteriormente materializada no tipo “matar alguém” (art. 121 do Código Penal).

A própria lógica do direito penal confirma o processo descrito. Quando se realiza a conduta de matar alguém, na realidade não se viola a lei penal, pois se está “cumprindo” o

---

35 Zaffaroni (2002) destaca que o bem jurídico não possui este nome por ser um bem do direito, mas apenas por ser um bem da vida humana ao qual é atribuído interesse jurídico. Portanto, os bens preexistem a qualquer qualificação jurídica, mas passam a se tornar objetos de direitos apenas a partir da norma.

36 Zaffaroni (2002) reconhece a possibilidade de que a lei penal crie um tipo para tutelar bem que ainda não possui qualquer sanção em outras esferas jurídicas: é o que o autor chama de déficit qualitativo de sanção. Entretanto, o autor reconhece que raras vezes o direito penal será constitutivo, sendo, em regra, sancionador. Além disso, o autor afirma que as conclusões não se alteram nessas hipóteses, uma vez que a norma proibitiva continua sendo preexistente ao tipo.

tipo (KAUFMANN, 1976). O que se viola, na realidade, é a norma jurídica, antecedente ao tipo, que valoriza negativamente a conduta que lesiona o bem jurídico “vida humana”.

Portanto, a conclusão lógica e natural é de que a norma jurídica e o bem jurídico preexistem ao tipo, e este só faz sentido enquanto concretização legislativa de uma conduta efetivamente valorada negativamente pela norma.

O processo a ser seguido pelo juiz na identificação da conduta criminosa é inverso ao processo seguido pelo legislador. O juiz, a princípio, conhece o tipo penal e vê uma conduta que a ele se amolda. Entretanto, isso não indica, de plano, a norma penal e o bem jurídico antecedentes. Portanto, o juiz deve partir do tipo para identificar a norma penal proibitiva e o bem jurídico por ela tutelado, para apenas então confirmar a presença de conduta típica. E essa análise não envolve apenas as leis penais, mas todas as normas do ordenamento jurídico.

Zaffaroni possui o entendimento de que bem jurídico penalmente tutelado “es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas<sup>37</sup>” (ZAFFARONI, 2002, p. 240)<sup>38</sup>. Assim, considerando bem jurídico como a relação de disponibilidade, todos os bens são disponíveis segundo o autor, desde que seja o titular que o disponha. Por disponibilidade deve-se entender a possibilidade de uso e fruição do bem.

Portanto, a conduta conglobadamente típica é aquela prevista em um tipo penal, que viole a norma proibitiva antecedente por lesionar ou ameaçar a possibilidade de fruição ou utilização de um bem jurídico.

Dessa maneira, apesar de o conceito de dever jurídico ocupar posição central na teoria de Zaffaroni, não se compreende o delito como mera infração de dever, mantendo-se o conceito de bem jurídico como categoria central na teoria do delito<sup>39</sup>.

---

37 “é a relação de disponibilidade entre uma pessoa e um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, normas estas expressadas com a tipificação destas condutas” (ZAFFARONI, 2002, p. 240 – tradução livre).

38 O próprio autor aponta, como crítica a seu conceito de bem jurídico, a questão do suicídio. De fato, sendo a vida um bem jurídico (a possibilidade de utilizá-la), deveria ser considerada atípica a conduta do suicida que dispõe livremente de seu bem jurídico, o que impediria a criminalização da participação em suicídio. O autor soluciona a questão afirmando que há um dever geral na ordem jurídica de impedir o suicídio, sendo considerada ilícita a conduta que descumpra esse dever. Dessa forma, afirma o autor que a tipificação da participação em suicídio seria uma punição para uma das modalidades de descumprimento desse dever. Além disso, afirma que o suicídio não é fomentado pela ordem jurídica (ZAFFARONI, 2002).

39 Os delitos por infração de dever são associados por Zaffaroni (2002) ao nacional-socialismo e ao obscuro conceito de bem jurídico em Hegel (vontade geral). Indica o autor que a proposta é uma consagração irracional do dever por dever, o que interrompe a análise antes de chegar à essência do injusto.

## 2.2. Tipicidade e Antinormatividade

Pelo exposto, é possível que determinada conduta se enquadre à descrição típica, mas não seja antinormativa. Zaffaroni (2002) separa os conceitos para explicar que a antinormatividade é a característica da conduta que realmente viola a norma jurídica antecedente ao tipo.

Dessa maneira, por mais que a conduta se amolde ao tipo legal, caso não seja antinormativa não se está configurada a tipicidade.

A distinção entre lei e norma penal é presente desde a teoria do tipo de Binding, que destacava o fato de que o criminoso infringe apenas a norma penal e não o tipo. Assim, a norma penal está anteposta ao tipo e fora da lei penal em sentido formal (*apud* KAUFMANN, 1976).

Também WELZEL (2002), mestre do finalismo, destaca que não se extrai a norma apenas da leitura cega da descrição do tipo formal, mas que a antinormatividade é antecedente ao tipo. O autor ensina que

tipo es una figura conceptual, que describe formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (por ejemplo, la acción de matar a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva "el carácter contrario a la norma" de la conducta<sup>40</sup> (WELZEL, 2002, p. 74)

Como o tipo pressupõe a antinormatividade e a afetação de um bem jurídico, caso se demonstre a ausência de violação à norma antecedente restará excluída a própria tipicidade da conduta.

ZAFFARONI (2002) explica, todavia, que presentes a tipicidade e a antinormatividade, a conduta não será necessariamente antijurídica. A conduta antijurídica será aquela que se extrai do confronto harmônico entre as normas proibitivas e os preceitos permissivos. Portanto, a antijuridicidade não é extinta e não se confunde com atipicidade dentro da teoria conglobante<sup>41</sup>: o que se observa é que a antijuridicidade ocorrerá apenas na ausência de normas permissivas.

---

40 “tipo é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta. Se é realizada a conduta descrita conceitualmente no tipo de uma norma proibitiva (por exemplo, a ação de matar alguém), esta conduta real entra em contradição com a exigência da norma. Daí deriva ‘o caráter contrário a norma’ da conduta” (WELZEL, 2002, p. 74 – tradução livre)

41 Dessa forma, afasta-se a pertinência da “teoria dos elementos negativos do tipo”, segundo a qual a tipicidade já pressupõe que a conduta tenha sido cometida na ausência de qualquer norma permissiva. Sendo assim, onde

Também o mestre do finalismo, em sua obra, assevera que a conduta típica e antinormativa poderá deixar de ser antijurídica desde que se tome a presença de preceitos permissivos (WELZEL, 2002)<sup>42</sup>.

O que se depreende, portanto, é que as normas permissivas seriam causas de justificação da conduta, o que deve excluir, de plano, o estrito cumprimento de dever legal. Na realidade, o dever legal advém de uma norma impositiva, dotada de natureza jurídica diversa da norma permissiva.

### 2.3. Normas impositivas e permissivas

A atipicidade conglobante não surge, portanto, das permissões contidas na ordem jurídica. Pelo contrário, surge dos fomentos normativos, da indiferença da lei penal ou das normas impositivas de condutas (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). As últimas são as que interessam para a análise do estrito cumprimento de dever legal.

As normas impositivas e as permissivas ocupam duas posições normativas diferentes. A teoria das normas jurídicas de KELSEN (1976) já expunha essa diferença. Assim descreve o autor:

Não se pode negar que ser-permitido e ser-imposto excluem-se mutuamente. Se uma conduta é apenas permitida, ela não é imposta; se uma conduta é imposta ela não é permitida. De vez em quando realmente se assevera que uma conduta imposta é também permitida. Se uma conduta é permitida, pode-se fazer uso da permissão ou não o fazer. (KELSEN, 1976, p. 125)

O autor destaca que uma imposição perde sua natureza quando passa a se ter a opção de não segui-la: nesse caso, a imposição se torna uma permissão. Já de uma permissão pode-se fazer uso ou não, sem qualquer alteração em sua natureza (KELSEN, 1976).

Um traço distintivo da imposição é a cominação de sanção jurídica: a conduta que não se amolda à imposta, será considerada ilícita ou até mesmo criminosa, a depender da configuração legal. A natureza da permissão é a opção de conduzir-se conforme ela ou não.

---

lê-se “matar alguém” deveria ler-se “matar alguém salvo nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, etc.”. Entretanto, ainda que houvesse essa análise, não seria alterada a natureza da cada uma das fases: primeiro se aferiria a tipicidade (com a antinormatividade que é seu pressuposto) e depois a antijuridicidade. Além disso, GOTI (*apud* ZAFFARONI, 2002) indica que, sob o ponto de vista político-criminal, seria desvantajoso pretender que o tipo abarcasse todos os preceitos permissivos, pois a proibição seria elastizada, perdendo sua força motivadora (prevenção geral).

42 Já foi destacado, anteriormente, que a doutrina possui uma tendência cega a resumir as causas de justificação em normas permissivas, sem atentar para a natureza diversa do estrito cumprimento de dever legal.

Não se pode admitir dois deveres contraditórios dentro do universo jurídico: não se pode obrigar simultaneamente à ação e à omissão, por exemplo<sup>43</sup>. Dessa forma, os conflitos existentes entre normas impositivas são resolvidos no próprio plano da legalidade, de acordo com as regras do conflito aparente de normas ou com critérios de coesão normativa (MOTTA, 2000). Além disso, os pressupostos da teoria de Zaffaroni poderiam ser analisados sob os corolários lógicos da identidade e da não contradição (NETTO, 2008).

Por outro lado, as normas permissivas não entram em contradição com as normas impositivas. Pelo contrário, a existência de permissões pressupõe necessariamente a preexistência de um dever jurídico (ZAFFARONI, 2002). Afinal, não faz sentido tratar de uma conduta permitida se não houver uma proibição.

Dessa forma, as permissões formam meros recortes no âmbito da proibição, servindo para delimitar o real alcance da norma impositiva (BRODT, 2005). Dito de outra forma, as proibições e as permissões formam um todo harmônico, representando a legalidade de maneira analítica<sup>44</sup>.

Portanto, a existência de normas que impõem o dever de atuar em contradição com normas que impõem uma conduta diversa deve ser resolvida no plano da normatividade, e não da antijuridicidade. Natural, portanto, que a conduta ordenada por lei, ainda que se amolde ao tipo legal, não seja considerada antinormativa, estando excluída, portanto, a tipicidade penal.

A conclusão proposta pela teoria é de que a tipicidade conglobante envolve tanto a análise da tipicidade legal quanto a análise da antinormatividade. Nessa toada, a tipicidade conglobante serviria como um corretivo da tipicidade meramente legal.

## **2.4. Correção da tipicidade legal**

O modelo proposto até agora serve, segundo o seu criador (ZAFFARONI, 2002) como um corretivo da tipicidade legal. A análise cega e isolada do texto do tipo não revela completamente a norma a ele anteposta. Por essa razão, podem existir condutas que, a princípio, se enquadrem perfeitamente na descrição típica, embora em uma segunda análise

---

43 A impenetrabilidade das normas proibitivas é comparada por ZAFFARONI (2002) ao princípio da impenetrabilidade física, que, segundo o autor, também é um princípio lógico necessário e não o resultado de uma comprovação física.

44 ZAFFARONI (2002) afirma que as permissões não constituem “exceções” à proibição geral, pois essa análise é sintética e restringe o âmbito da legalidade. Pelo contrário, as permissões ampliam a compreensão do espectro normativo, resultando em uma proposição analítica do ordenamento.

quedem fora dos limites da antinormatividade. Portanto, a análise da tipicidade conglobante serve justamente para corrigir o âmbito de incidência da tipicidade, excluindo as condutas que se amoldam ao tipo, mas que não são antinormativas, reduzindo, portanto, o âmbito de incidência da lei penal (BRODT, 2010).

Por excelência, a conduta que está fora dos limites da tipicidade, justamente por ser antinormativa, é aquela realizada em cumprimento a um dever jurídico. Não faz sentido que se considere a conduta de um soldado que mata em batalha como típica: a norma que proíba o homicídio encontra-se limitada por outra norma que proíbe que o soldado deixe de cumprir seu dever militar<sup>45</sup>.

Entretanto, esta não é a única situação que exclui a tipicidade quando analisada sob a ótica da tipicidade conglobante. Quando a conduta é favorecida pelas normas jurídicas, também não se pode considerar como antinormativa: se há uma norma de fomento, a conduta fomentada não contraria a norma jurídica, mas em certa medida a cumpre. É o exemplo do cabeleireiro, que pratica a conduta típica de lesões corporais no exercício de sua profissão<sup>46</sup>.

Da mesma forma, não podem ser consideradas típicas as condutas que, apesar de se adequarem à tipicidade legal, se encontrem fora da ingerência repressiva do Estado por disposição constitucional. Nesse sentido, a aquiescência da vítima é alvo de grande debate, se dividindo a doutrina entre aqueles que a consideram causa de atipicidade e os que a incluem entre as causas de justificação<sup>47</sup> (CORREA, 2011).

---

45 O mesmo é válido para os deveres dos oficiais de justiça, dos policiais em serviço e dos carrascos, por exemplo. Entretanto, já vimos que os deveres não são apenas impostos a agentes públicos, mas também a particulares. Nesse sentido, a pessoa que precisa quebrar o vidro de um carro para prestar socorro em um acidente por ela mesma causado, cumpre um dever que, desobedecido, pode configurar o crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

46 A mesma solução poderia ser aplicada aos casos de intervenções cirúrgicas, situação que sempre foi alvo de grande debate doutrinário. Grande parte da doutrina busca resolver a situação sob o ponto de vista das causas de justificação, como o exercício de um direito e o consentimento da vítima (ZAFFARONI, 2002). Nossa tendência é entender que a cirurgia com fins terapêuticos é atípica, enquanto a cirurgia sem fins terapêuticos (como a cirurgia plástica) é conduta típica justificada, pois é apenas permitida pela ordem jurídica e não necessariamente fomentada.

47 A doutrina tradicional tende a colocar a aquiescência da vítima, por exemplo, dentre as causas de justificação da conduta. Nesse entendimento, ANDRADE (1991) busca criar um sistema de causas de justificação para que se encaixe o consentimento da vítima. Dentro da tipicidade conglobante, a aquiescência pode ser irrelevante, pode gerar a atipicidade da conduta ou pode ser uma causa de justificação, a depender do titular do bem jurídico e do grau de disposição e de afetação da conduta (PIERANGELI, ZAFFARONI, 2015). A impossibilidade de ingerência do poder repressivo contra a vontade da vítima é a que leva ZAFFARONI (2002) a propor a atipicidade da autolesão, como aquela gerada pelo uso de drogas, afirmando que não se pode admitir a presunção usuário-traficante.

Por fim, também as condutas que causem uma lesão insignificante ao bem jurídico antecedente devem ser consideradas atípicas; é o conhecido princípio da insignificância<sup>48</sup> (ROXIN, 2008). A antinormatividade penal requer um determinado nível de afetação ao bem jurídico<sup>49</sup> (que se antepõe ao tipo), o que não ocorre em toda e qualquer conduta que se amolde à tipicidade legal. O exemplo utilizado por ZAFFARONI (2002) é a situação de um carro que estaciona muito próximo ao nosso, nos impedindo, por um momento, de sair de nosso veículo.

Portanto, a tipicidade penal seria a soma da tipicidade legal com a tipicidade conglobante (ÁVILA, BOSCHI, 2011) e apenas por essa última seria possível esclarecer se a conduta é realmente antinormativa e afeta o bem jurídico.

Outras teorias buscam solucionar os problemas causados pelo isolamento da tipicidade legal. A teoria da imputação objetiva, já tratada de maneira superficial anteriormente, contudo, abandona os critérios materiais e naturalistas do delito em função de uma imputação completamente objetiva e calcada apenas em disposições normativas (JAKOBS, 2009; CALLEGARI, 2014).

WELZEL (2015), por outro lado, tentou resolver a questão sob a ótica da adequação social. Segundo o autor, as condutas que se adequem aos parâmetros socialmente definidos de comportamento não poder ser considerada típica. Segundo o autor, a adequação social se situa no âmbito normal de liberdade de ação, enquanto as causas de justificação constituem permissão especial para realiza condutas típicas. A dificuldade dessa teoria é justamente encontrar o valor social de uma conduta e definir sua adequação ou não aos valores sociais, por demais fluidos. ZAFFARONI (2002) entende, ainda, que a aplicação da teoria conglobante não deixa espaço para a teoria da adequação social.

De nosso ponto de vista, a teoria da tipicidade conglobante oferece todos os pressupostos dogmáticos para corrigir o papel do estrito cumprimento de dever legal dentro da teoria geral do crime.

---

48 Roxin foi o formulador do princípio da insignificância nos termos conhecidos. Segundo sua formulação, aquelas afetações sem importância são excluídas do âmbito da tipicidade, pois não alcançam a alçada penal (ROXIN, 2008).

49 A afetação ao bem jurídico não se confunde com o resultado material do delito, uma vez que este é a alteração física enquanto a primeira é a soma axiológica da conduta (o seu desvalor). Da mesma forma, a afetação não pressupõe uma lesão ao bem jurídico, mas pode ocorrer também sob a forma de ameaça, ocasião em que se fala de crimes de perigo (concreto ou abstrato).

### **3. REENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL**

Apresentados os pressupostos dogmáticos da teoria da tipicidade conglobante, entendemos que o estrito cumprimento do dever legal deve ser considerado como causa de atipicidade da conduta e não mais como causa de justificação.

Já expomos que a análise conglobante da tipicidade serve como corretivo da tipicidade legal, a fim de determinar o real alcance da proibição que antecede à descrição típica. Portanto, a conduta que cumpre dever não pode ser considerada típica, justamente por não constituir ação antinormativa.

A exclusão do cumprimento de dever legal das causas de justificação contribui para o aperfeiçoamento dogmático da teoria do crime dentro do paradigma finalista e também para uma melhor compreensão do sistema de causas de justificação.

Como já foi exposto, dentro da teoria finalista, a norma penal é necessariamente anteposta ao tipo e fora da lei penal. Portanto, a conduta que cumpre dever não se opõe à norma penal, embora possa realizar o tipo. Além disso, existem ainda correntes dogmáticas que entendem ausente o dolo finalista da conduta realizada em estrito cumprimento de dever legal (correntes estas noticiadas por ZAFFARONI, 2002).

Mais uma vez, deve-se frisar a tendência da doutrina finalista ou funcionalista do crime em resumir as causas de justificação a tipos permissivos, não explicando o fundamento dogmático do estrito cumprimento de dever legal.

Dessa forma, o reenquadramento do instituto serve ao propósito de adequar a teoria do crime à realidade de sua análise, não apenas do ponto de vista prático, mas também em face da forma como a própria doutrina enxerga o cumprimento de dever.

Nesse ínterim, a mudança facilita o estudo e a compreensão das demais causas de justificação como tipos permissivos, eliminando a contradição existente na análise do inciso III do art. 23 do Código Penal. Outrossim, facilitaria a concepção de um fundamento monista para as causas de justificação (tentativa esta por nós rechaçada) ou de um novo sistema de justificação (ANDRADE, 1991).

Ademais, entendemos que este reenquadramento serve também para conferir coesão normativa ao sistema jurídico-penal de acordo com o primado constitucional da legalidade. Por fim, a nova análise dogmática cumpre também a função de conferir maior legitimidade ao exercício das funções públicas. São esses os tópicos que serão analisados na sequência.

### 3.1. Racionalidade normativa e princípio da legalidade

A necessidade de consideração conglobada da norma para corrigir o âmbito de proibição das normas isoladas favorece a possibilidade de aplicação dos preceitos constitucionais à matéria penal. Eles estabelecem a medida de validade das normas preceptivas e contribuem para tornar precisas as esferas de proibição das normas incriminadoras (BRODT, 2005).

Aliás, a própria finalidade da ordem proibitiva<sup>50</sup> não pode ser alcançada sem que se estabeleça uma ordem harmônica entre todas as normas do ordenamento. As pautas sociais de conduta não podem ser introjetadas quando existam normas contraditórias e confusas, que não exponham corretamente o sentido da ordem e o alcance da proibição. Portanto,

para que la aspiración ética del derecho se cumpla, es necesario que esas normas e preceptos no operem de modo contradictorio, porque la contradicción es la arbitrariedad, es decir, lo que no puede internalizarse, porque no señala pauta alguna de conducta. Cuando hay contradicción no hay orden, cuando no hay orden no hay pautas, sin pautas no hay internalización posible por falta de objeto de la misma y, finalmente, esas contradicciones no pueden aspirar a ninguna ética<sup>51</sup> (ZAFFARONI, 2002, p. 233-234).

Caso a conduta seja considerada ordenada e ao mesmo tempo proibida, fomentada e ao mesmo tempo vedada, não se poderá compreender a pauta de conduta do ordenamento, causando uma quebra da coesão do sistema normativo.

A ausência de internalização das normas pode se revelar em dois sentidos: a ausência de compreensão da norma preceptiva (que impõe dever) em razão da existência de norma proibitiva, ou a não compreensão da norma proibitiva em razão da norma preceptiva (gerando quebra do postulado fundamental da legalidade).

No primeiro ponto, a compreensão inexata do alcance do dever legal em face da norma proibitiva pode gerar abusos de poder e de autoridade pública (BRODT, 2005). A

---

50 A finalidade da ordem juridico-penal que se pode extrair do finalismo é aquela de evitar a “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*), a guerra civil (WELZEL, 2015). Entretanto, a própria finalidade da lei penal depende daquilo que se enxerga como relevante salvaguardar por meio de lei. Dessa forma, dentro da teoria funcionalista de ROXIN (2008), a finalidade é proteger a legítima expectativa de cumprimento das leis, afastando como crimes as tentativas graves de burla à ordem jurídica.

51 “Para que a aspiração ética do direito se cumpra, é necessário que essas normas e preceitos não operem de forma contraditória, porque a contradição é a arbitrariedade, isto é, algo que não pode ser internalizado, porque não sinaliza qualquer pauta de conduta. Quando há contradição não há ordem, quando há ordem não há pautas, sem pautas não há possibilidade de internalização por falta de objeto a ser internalizado e, finalmente, essas contradições não podem aspirar a qualquer padrão ético” (ZAFFARONI, 2002, p. 233-234 – tradução livre)

imposição de dever de forma incompleta ou contraditória confunde o alcance da atuação permitida, facilitando que a autoridade desborde dos limites da ordem legal e adentre a esfera da norma proibitiva. Nesse ínterim, direitos fundamentais são violados e garantias afastadas, por estarem erroneamente supostas nos limites do dever legal<sup>52</sup>.

Por outro lado, parece-nos ainda mais preocupante a possibilidade de não compreensão adequada da norma proibitiva, por implicar flagrante violação ao postulado constitucional da legalidade.

Luigi Ferrajoli, ao expor seu sistema garantista, divide a concepção da legalidade em mera legalidade e legalidade estrita<sup>53</sup>. Segundo a primeira, a legalidade implica na exigência da lei como condição necessária da pena e do delito. Já o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições da legalidade penal (FERRAJOLI, 2002).

O autor completa o sentido de legalidade estrita afirmando que esta “prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso” (FERRAJOLI, 2002, p. 76-77). Além disso, a observância da legalidade estrita deve assegurar a denotação taxativa da ação, do dano e do resultado.

Portanto, afirma o autor que a lei é condicionante da mera legalidade. Contudo, sob a ótica da legalidade estrita, a lei é condicionada, e a observância da legalidade estrita é pressuposto de validade da própria lei, sem a qual não se aplica<sup>54</sup> (FERRAJOLI, 2002). Portanto, uma lei que não é clara, não respeita as garantias e não possibilita a taxatividade da ação, do dano e do resultado não pode ser validamente considerada.

A lei penal válida é aquela que cumpre os postulados da legalidade estrita, dentre eles a correta e precisa descrição das atividades proibidas. A contradição entre leis, dentro da proposição do autor, fere a legalidade e implica na deslegitimação do sistema punitivo, a um passo de um sistema penal autoritário.

Também RIPOLLÉS (2016), ao dispor acerca das bases de um sistema racional de atribuição da responsabilidade penal, destaca o chamado “princípio da certeza ou da

---

52 Dessa forma, entendemos que a colocação do estrito cumprimento de dever legal entre as causas de justificação facilita o excesso na conduta das autoridades públicas, causando violação ao texto constitucional, em razão da ausência de compreensão da norma.

53 A legalidade, nos dois sentidos descritos pelo autor, constitui um dos dez axiomas fundamentais do sistema garantista, sem os quais o sistema desborda para o autoritarismo. Entre estes axiomas encontram-se, ainda, os seguintes princípios: retributividade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionariedade, princípio acusatório, ônus da prova e contraditório (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75)

54 Em razão dessas características, FERRAJOLI (2002) aponta que a mera legalidade é direcionada ao juiz, no sentido de obrigá-lo a cumprir aquilo exposto em lei no sentido formal. Já a legalidade estrita seria direcionada à atividade do próprio legislador, constituindo uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir a decidibilidade da verdade de seus enunciados. A observância da legalidade estrita é que diferencia o estado de direito do estado meramente “legal” e o estado garantista do estado autoritário.

segurança jurídica”. Este postulado, situado pelo autor fora do âmbito da legalidade<sup>55</sup>, exige que o cidadão saiba com precisão em que circunstâncias se lhe exigirá a responsabilidade e as consequências atribuídas.

A obtenção de um sistema jurídico livre de contradições é uma meta de todo processo legislativo, seja através do debate político seja através das técnicas de hierarquia das fontes ou cláusulas derogatórias. Apesar do desgaste sofrido pelo império da lei<sup>56</sup>, não se pode abrir mão da racionalidade dos conteúdos legislativos penais, que se manifesta através de um corpo legal quase onicompreensivo e na manutenção de um catálogo coerente de bens jurídicos e de um único sistema de responsabilidade penal e de sanções (RIPOLLÉS, 2016).

Da mesma forma que FERRAJOLI (2002) dirige a legalidade estrita à atividade do legislador como forma de se possibilitar no futuro uma real submissão do juiz à lei, também o sistema racional de RIPOLLÉS (2016) aponta no caminho do legislador como pressuposto indispensável para a obtenção da racionalidade na jurisdição.

Não se pode concordar com a afirmada impossibilidade de alcance da racionalidade no âmbito legislativo, em razão dos interesses representativos. Manuel Atienza (2014) afirma que a racionalidade na aplicação do direito pressupõe a prévia racionalidade legislativa. Além disso, a própria argumentação jurisdicional contém em si a argumentação que se desenvolveu em âmbito legislativo<sup>57</sup>.

Pode-se questionar, todavia, se a irracionalidade apontada por esta pesquisa deve ser necessariamente resolvida em âmbito legislativo, com a exclusão do estrito cumprimento de dever legal do rol do art. 23 do Código Penal. Ora, se a racionalidade é um pressuposto da legalidade e do processo legislativo, não caberia ao poder judiciário resolver a crise.

Apesar de cremos que a alteração legislativa seja mais adequada e resolva o problema de forma mais coerente, nada impede a atuação jurisdicional de adequação das categorias. Na realidade, nem tudo que se outorga à legislação é retirado necessariamente do âmbito da jurisdição (RIPOLLÉS, 2016). Em primeiro lugar, qualquer atuação da jurisdição pressupõe a

---

55 FERRAJOLI (2002) coloca esta necessidade como uma decorrência do princípio da legalidade. RIPOLLÉS (2016), por sua vez, entende que a transcendência da legalidade não alcança o nível básico da racionalidade ética. Dessa forma, apesar de reconhecer a legalidade como um componente de legitimidade das demandas dirigidas ao cidadão, a desloca para um outro nível de debate da racionalidade penal.

56 Muitos são os motivos apontados como causa da derrocada do princípio da legalidade. FERRAJOLI (2002), por exemplo, exemplifica o argumento por meio da proliferação das normas penais em branco e dos crimes de perigo. Já RIPOLLÉS (2016), por sua vez, indica que a legalidade não possui vigência integral em sistemas eticamente próximos ao nosso (como o anglo-saxão) e que sofre abalos, na Espanha, em razão da acolhida inquestionada de todas as propostas emanadas da União Européia.

57 ATIENZA (2014) vai ainda mais longe ao afirmar que a racionalidade em ambos os momentos deve responder a exigências análogas, não se limitando apenas a aspectos formais, mas também atentando à teleologia do sistema e dos princípios éticos a ele subjacentes.

análise da racionalidade legislativa, pois a atividade do juiz deve ser vinculada à lei, como já exposto. Em segundo lugar, a análise de caráter concreto realizada pela atividade jurisdicional confere legitimidade à sua atuação, uma vez que a própria lógica do código penal não exclui essa interpretação<sup>58</sup>.

O mais relevante é compreendermos que a contradição entre preceitos normativos fere a racionalidade legislativa e a própria legitimidade do sistema, em razão de se chocar frontalmente com a legalidade estrita. A irracionalidade legislativa impede, ainda, o exercício racional da jurisdição, que pressupõe a lei e a ela se remete. Portanto, a adequação do instituto, dentro da ótica da teoria do crime, confere legitimidade ao sistema e racionalidade ao exercício da jurisdição.

### **3.2. A legitimação da atuação estatal**

Já se demonstrou que a errônea colocação do cumprimento de dever entre as causas de justificação cria contradições legislativas, facilitando o cometimento de excessos pelas autoridades públicas e dificultando a internalização das regras proibitivas. Ademais, viola o princípio da legalidade estrita, maculando a racionalidade e a legitimidade do sistema penal.

O que se pretende demonstrar neste último tópico é que o reenquadramento do cumprimento de dever para o plano da tipicidade cumpre também o propósito de conferir maior legitimidade para a atuação das próprias autoridades públicas. Entende-se que a consideração do cumprimento de dever como causa de justificação traz reflexos em três institutos centrais: o inquérito policial, a prisão em flagrante e a ação civil *ex delicto*.

Como já destacado, a conduta considerada típica traz em si a presunção de ilicitude, razão pela qual deve se proceder à abertura do inquérito para se verificar a real presença dos pressupostos do crime. Renato Brasileiro de Lima (2014) destaca que a abertura do inquérito de ofício<sup>59</sup> é um dever toda vez que tomar conhecimento de um fato formalmente típico, “devendo a autoridade policial abster-se de fazer qualquer análise quanto à presença de causas

---

58 O art. 23 do Código Penal afirma que o cumprimento de dever exclui o crime e não necessariamente a antijuridicidade, como se interpreta; a exclusão do crime pode se dar por diversos fundamentos. Portanto, a atuação jurisdicional, apesar de não ser a preferível, não viola a separação de poderes, pois preserva a lógica da legislação e não tolhe sua atuação na reforma da lei.

59 A instauração de inquérito de ofício é considerada um dever da autoridade policial toda vez que esta tomar conhecimento de fatos típicos, nos termos do art. 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, não havendo discricionariedade de atuação neste momento. A discricionariedade existe na condução da investigação, uma vez que pode a autoridade determinar as diligências que entender necessárias para a elucidação do fato (OLIVEIRA, 2015).

excludentes da ilicitude ou da culpabilidade” (LIMA, 2014, p. 121). Já a instauração de inquérito policial para investigar ato manifestamente atípico constitui constrangimento ilegal, que pode ser atacado pela via do *habeas corpus*<sup>60</sup> (LOPES JR., 2016).

Portanto, havendo uma denúncia formal de um ato regularmente conduzido por um oficial de justiça, a autoridade policial é obrigada a investigar os fatos e colher indícios (ainda que apenas para comprovar a regularidade do cumprimento do dever), instaurando um inquérito policial e gerando gastos de recursos públicos.

Sob a ótica do arquivamento do inquérito a questão também se revela problemática. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha o entendimento de que a decisão de arquivamento fundamentada na atipicidade da conduta<sup>61</sup> ou em causa extintiva da punibilidade<sup>62</sup> faça coisa julgada material, não manifesta o mesmo entendimento para as causas de justificação. A Primeira Turma do STF já entendeu que é possível o oferecimento de denúncia a partir de novas provas apesar de decisão anterior de arquivamento com base em excludente de ilicitude<sup>63</sup>.

Portanto, nada impede a instauração de inquérito em caso de estrito cumprimento de dever legal e o arquivamento nele fundamentado não faz coisa julgada material.

Em sequência, devemos destacar, de plano, que a presença de uma causa de justificação não impede a prisão em flagrante. Na realidade, o flagrante típico (art. 302, inciso I do CPP) pressupõe o cometimento da infração, ou seja, a execução de uma conduta típica. O parágrafo único do art. 310 do CPP<sup>64</sup> avança e estatui que a prisão em flagrante deverá

---

60 A jurisprudência do STF reconhece o constrangimento ilegal não apenas quando a conduta investigada é formalmente atípica, mas também quando manifesta a atipicidade material da conduta nos casos de aplicação do princípio da insignificância. A esse respeito, por exemplo: HC 12302/PR, HC 118067/RS, HC 100935/RS, dentre outros.

61 Veja, por exemplo, o HC 84156/MT, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma.

62 Vejo, por exemplo, o HC 84525/MG, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma.

63 HC 95211/ES, rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma. No caso, o inquérito havia sido arquivado com base no estrito cumprimento de dever legal. Posteriormente, foram descobertas novas provas indicando que não houve cumprimento de dever, mas sim “queima de arquivo” por parte dos policiais. Dessa forma, o STF manteve o entendimento que prevalecia desde a origem, assentando se tratar de prova nova que possibilita o desarquivamento do inquérito. Este entendimento é questionável: por qual razão teria validade uma prova nova que afasta a excludente de ilicitude, mas não se aceita uma prova nova que atesta a tipicidade da conduta? A lógica de prova nova poderia ser aplicada para qualquer fato que comprovasse um elemento do tipo; não parece ser este, todavia, o entendimento da suprema corte.

64 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

executada ainda que esteja manifestamente presente uma causa de justificação, cabendo apenas ao juiz a posterior concessão de liberdade provisória<sup>65</sup>.

A doutrina é assente em afirmar que basta o cometimento da conduta descrita no tipo para que se possa proceder à prisão em flagrante. Dessa forma, a análise a ser feita restringe-se à tipicidade formal da conduta (LIMA, 2014; RANGEL, 2015; OLIVEIRA, 2015; LOPES JR., 2016).

A conclusão a que se chega é: sendo o cumprimento de dever legal uma causa de justificação, pode ser preso em flagrante aquele que está cumprindo um dever desde que a conduta se amolde àquela formalmente prevista no tipo. Além disso, efetuar a prisão em flagrante é um dever do agente de polícia que constitui, ao mesmo tempo, uma restrição da liberdade. Portanto, poderíamos chegar ao cúmulo de se prender em flagrante um policial apenas pelo fato de ter este prendido alguém em flagrante, o que iniciaria um ciclo indefinido de prisões<sup>66</sup>.

Pode-se argumentar que esta discussão é inócua e na prática nada do relatado acima ocorre. Por óbvio, não se instaura inquérito para investigar a prisão em flagrante efetuada por policial nem se prende em flagrante oficial de justiça que adentra domicílio. Contudo, o verificado na prática não é o mesmo que se extrai da doutrina e da legislação.

Na realidade, vemos que acontece um resultado próximo àquela proposto por Juarez Tavares acerca da “antecipação do juízo de antijuridicidade” (TAVARES, 2002). Segundo o autor, em uma primeira fase devem ser analisadas a tipicidade e a antijuridicidade em conjunto, sob o prisma dos direitos fundamentais e dos direitos humanos<sup>67</sup>. Dessa forma, efetuada a análise conjunta dos dois elementos do crime, restariam justificadas as situações acima expostas, em que se antecipa a possível justificação futura da conduta para não instaurar inquérito nem efetuar prisão em flagrante.

Entretanto, é claro o contorcionismo lógico feito por todas as tentativas de explicar tais contradições práticas, uma vez que elas não têm explicação quando se considera o

---

65 A liberdade provisória, no caso, será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Entretanto, o art. 314 do CPP afirma expressamente que não pode ser decretada prisão preventiva nas hipóteses de exclusão da ilicitude. Portanto, a medida de comparecimento a todos os atos processuais é desprovida de força coercitiva, pois seu descumprimento nada acarreta ao réu (LIMA, 2014).

66 É questionável se a conduta do policial que efetua a prisão em flagrante poderia se amoldar ao tipo do art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal), pois este pressupõe que a conduta praticada seja contrária ao direito como elemento objetivo do tipo. Contudo, a conduta poderia, em tese, se amoldar a outros tipos legais, como o abuso de poder ou o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal), por exemplo.

67 O procedimento proposto por TAVARES (2002), chamado de “concepção democrática do injusto”, se inicia com a análise conjunta dos dois elementos do conceito de crime sob o prisma constitucional e dos direitos humanos. Posteriormente, em uma segunda fase, os dois seriam analisados separadamente, a fim de atender o conceito analítico de crime.

cumprimento de dever como causa de justificação. O juízo de antecipação da antijuridicidade (TAVARES, 2002) chega ao ponto de abdicar do conceito analítico de crime tradicionalmente estabelecido para afirmar a antecipação do juízo de ilicitude já no plano da tipicidade.

A proposta aqui encartada, baseada nos fundamentos da tipicidade conglobante, traz remédios para a questão sem abandonar os conceitos tradicionais da teoria analítica do crime<sup>68</sup>.

Acerca da ação civil *ex delicto*, cabe tecer alguns comentários. O art. 65 do Código de Processo Penal é expresso ao afirmar que a sentença que reconhece o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito ou o estrito cumprimento de dever legal faz coisa julgada no âmbito cível. Dessa forma, absolvido o agente em razão do estrito cumprimento de dever legal, não poderia mais este instituto ser debatido em eventual ação indenizatória (OLIVEIRA, 2015).

Contudo, o reconhecimento de causa de justificação na esfera penal não impede que o agente venha a ser condenado em posterior ação indenizatória, pois a lei civil admite a responsabilidade civil por ato lícito. A doutrina civil destaca que não há qualquer contradição nesta interpretação, pois o ressarcimento pode ocorrer “sem que o agente tenha violado qualquer dever jurídico”<sup>69</sup> (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 582).

Neste sentido, o parágrafo único do art. 930 do Código Civil impõe o dever de indenizar àquele que causa dano em exercício regular do direito ou legítima defesa (por expressa remissão ao art. 188, inciso I). Apesar de não conter expressamente o cumprimento de dever legal, a doutrina amplia a possibilidade também para este instituto, por se tratar, tradicionalmente, de causa de justificação.

Dessa forma, o reenquadramento do cumprimento de dever para o plano da tipicidade da conduta salvaguardaria em parte a atuação da autoridade que cumpre seu ofício de forma regular, evitando reflexos penais (inquérito e flagrante) ou cíveis (indenização por ato lícito) de sua conduta, ressalvadas as hipóteses de responsabilidade objetiva do estado e prejuízos causados a terceiros de boa-fé.

## CONCLUSÃO

---

68 O próprio autor do modelo de antecipação do juízo de ilicitude afirma que sua proposta reproduz a mesma hipótese de atipicidade conglobante fundamentada por Zaffaroni (TAVARES, 2002).

69 Entretanto, CAVALIERI FILHO (2012) destaca que não faltam vozes doutrinárias que criticam a opção do legislador, desde o Código Civil de 1916, por responsabilizar aquele que causa dano de maneira lícita (como no estado de necessidade, por exemplo). Entretanto, destaca o autor que é uma questão de justiça comutativa e a responsabilidade do agente é uma opção válida do legislador.

Embora a configuração tradicional do estrito cumprimento de dever legal considere o instituto como uma causa de justificação, esse entendimento se mantém mais por razões históricas do que por razões teóricas (BRODT, 2005).

O confronto do instituto com as outras causas de justificação revela inúmeras contradições, tanto dentro do sistema das causas de justificação quanto na análise de forma de incidência prática do instituto.

A teoria da tipicidade conglobante, por óbvio, não está imune a críticas. Muitos criticam a formulação de Zaffaroni por entenderem que ela traz complicações desnecessárias à teoria do delito, como a suposta cisão da tipicidade em dois aspectos (NETTO, 2008). Pode-se argumentar, ainda, que a questão pode ser resolvida por meio de outros pressupostos teóricos, como a teoria dos elementos negativos do tipo (ZAFFARONI, 2002).

Contudo, o propósito do presente artigo foi demonstrar que a análise conglobada da tipicidade pode ser encarada como uma decorrência dos pressupostos da teoria finalista e possui consistência teórica suficiente para, se aplicada corretamente, conferir maior sistematização à teoria do delito. Dessa maneira, poderiam ser resolvidas inconsistências teóricas, conferir maior racionalidade e legitimidade ao sistema penal e salvaguardar o legítimo exercício de autoridades públicas.

Não se pode indicar, definitivamente, se a iniciativa da mudança deve partir do legislativo ou se pode ocorrer a partir de interpretação judicial, uma vez que são racionalidades interdependentes. Contudo, expostos os efeitos da mudança, entende-se que ela deva ocorrer de alguma forma.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, André Vinícius de. *O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BOSCHI, Marcus Vinicius de. A Tipicidade Conglobante e a Ortotanásia no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Caminho Possível? *In: Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 112-119, jan./jun. 2011. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8899/641>

9. Acesso em: 04/01/2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. *Do Estricto Cumprimento de Dever Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito Penal sob a Perspectiva Funcional Redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: nº 101, p. 97-136, jul./dez. 2010.

Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/119/115>.

Acesso em: 04/01/2017.

CALLEGARI, André Luis. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições de Direito Penal*. O delito. Campinas: Péritas, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CESANO, José Daniel; MESA, Marcelo López. *Antijuridicidad y Causas de Justificación: contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Buenos Aires: B de F, 2010.

CORREA, Marcelo Domínguez. El Consentimiento del Ofendido: entre la justificación e la exclusión de la tipicidade. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica*. Montevideo: nº 30, p. 109-122, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revista.fder.edu.uy/ojs-2.4.2/index.php/rfd/article/view/90/95>. Acesso em: 04/01/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 40 Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal – Tomo 2*. 7. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- \_\_\_\_\_. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal – parte geral*. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1.v
- KAUFMANN, Armin. *Teoria de las Normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Dapalma, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático – parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. 1. v.
- MOTTA, Ivan Martins. *Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *El Error en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Reflexões Dogmáticas sobre a Teoria da Tipicidade Conglobante. *In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. Uberlândia/MG: v. 36, p. 23-43, 2008.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais: teoria e prática*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madri: Civitas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos Politico-Criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. Ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal Parte General I: El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.