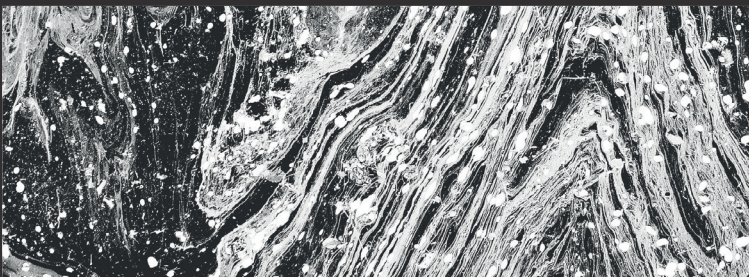
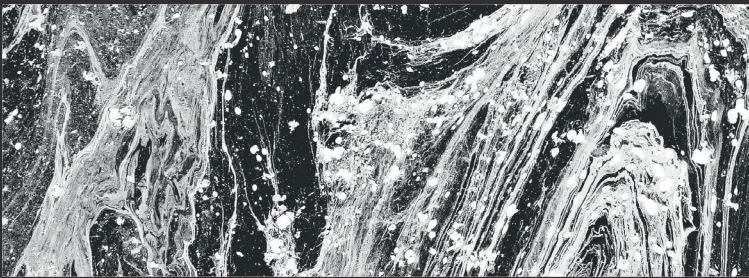
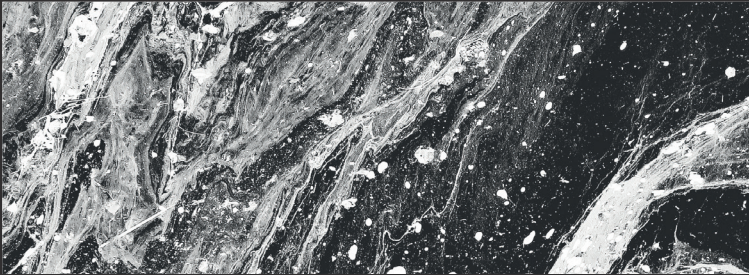


10

*Ana Elisa Liberatore Silva Bechara*

# VALOR, NORMA E INJUSTO PENAL:

*Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

*Coordenação: Cláudio Brandão*



# **VALOR, NORMA E INJUSTO PENAL:**

*Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*



*Ana Elisa Liberatore Silva Bechara*

10

## **VALOR, NORMA E INJUSTO PENAL:**

*Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*

**COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA**

*Coordenação: Cláudio Brandão*



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2018, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Letícia Robini*  
*(Imagem por Daniele Levis Pelusi, via Unsplash)*

**Diagramação**  
*Letícia Robini*

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



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

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

### Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva.

Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- vol. 10 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-999-1

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

CDU343

CDD341.5

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



*“El Derecho no es lo que dice ser, lo que cree ser, es decir, algo puro, completamente autónomo. Pero el hecho de que se crea tal, y que logre hacerlo creer, contribuye a producir unos efectos sociales completamente reales; y a producirlos ante todo en quienes ejercen el derecho. Los juristas son los guardianes hipócritas de la hipocresía colectiva, es decir, del respeto por lo universal. El respeto verbal concedido universalmente a lo universal es una fuerza social extraordinaria y los que consiguen tener de su parte a lo universal se dotan de una fuerza nada despreciable. Los juristas, en tanto que guardianes ‘hipócritas’ de la creencia en lo universal, detentan una fuerza social extremadamente grande. Pero están atrapados en su propio juego, y construyen, con la ambición de la universalidad, un espacio de posibilidades, y por tanto también de imposibilidades, que se les impone a ellos mismos, lo quieran o no, en la medida en que pretendan permanecer en el seno del campo jurídico.”*

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Traducción de J. R. Capella. **Jueces para la democracia**, n. 47, jul. 2003, p. 5.





*A*

*Alberto Silva Franco,*

*Que teve a coragem de defender incondicionalmente as garantias do  
homem mesmo perante um Estado não democrático,*

*Que, com sua ética, ideologia e capacidade de agregação, teve o mérito  
de, por meio do IBCCrim, democratizar as ciências penais no Brasil,*

*Que sempre nos inspira a olhar adiante.*



# AGRADECIMENTO

Um trabalho científico não nasce da reflexão isolada de seu autor, sendo, na verdade, fruto do diálogo, incentivo e ajuda de diferentes pessoas e instituições. Cabe, então, agradecer a tantos colegas, que de formas distintas tornaram tudo possível.

Em primeiro lugar, correspondendo o escrito a seguir à tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em setembro de 2017, como requisito parcial do concurso público para professora titular de Direito Penal, deve-se um especial agradecimento aos ilustres membros daquela Banca Examinadora, Professores Titulares Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Vittorio Manes, Renato de Mello Jorge Silveira e Sérgio Salomão Shecaira, que emprestaram sua sabedoria, sensibilidade e generosidade para a promoção de um profícuo debate, do qual resultaram novas e importantes reflexões.

Da mesma forma, é fundamental agradecer a todos e cada um dos Professores do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A convivência com colegas cujo enorme talento é proporcional à dedicação à Academia possibilitou incontáveis oportunidades de diálogo e, principalmente, de aprendizado. Nesse sentido, registra-se especial agradecimento e admiração aos Professores Titulares Sérgio Salomão Shecaira, Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Salvador Netto, que ensinam diariamente valores acadêmicos tão caros como a honestidade, o pluralismo de ideias, a humildade e a coragem de posicionar-se cientificamente mesmo quando as próprias convicções não encontram aplausos fáceis da sociedade. E esse constitui o verdadeiro sentido e razão de ser da Universidade, vale dizer,

a produção e transmissão crítica de conhecimento voltado a tornar mais justa a sociedade.

De outra parte, há que se reconhecer o auxílio e amizade de tantos colegas e amigos de outros Departamentos, de outras instituições e de outras terras, os quais norteiam o percurso da autora. Nesse âmbito, agradece-se especialmente ao Professor Gilberto Bercovici, Titular de Direito Econômico das Arcadas, pelo incentivo e apoio em todos os momentos; ao Professor Juarez Tavares, Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pelas fundamentais lições, provocações e permanente disposição ao diálogo; aos colegas da Universidade de Salamanca, especialmente aos Professores Ana Isabel Pérez Cepeda, Ignacio Berdugo, Nuria Matellanes Rodríguez e Laura Zúñiga Rodríguez, pela colaboração científica, intercâmbio de ideias e amizade incondicional durante a última década; aos Professores Diego-Manuel Luzón Peña e Miguel Díaz y García Conlledo, Catedráticos de Direito Penal das Universidades de Alcalá e de León, respectivamente, pela generosidade dos ensinamentos e torcida; e à Doutora Vivian Cristina Schorcher Hevelke, que mesmo distante, esteve sempre presente em tantas ocasiões marcantes.

Registra-se também especial agradecimento a Ana Maria Murata; André Vinicus Monteiro; Bruna Gonçalves Loureiro; Catherine Fanizzi; Fernando Calix Coelho da Costa; Ílison Dias dos Santos; Ivan Wagner Angeli; Jennifer Falk Badaró; Marina Lima Ferreira; Patrick Lemos Cacicedo; Rodrigo José Fuziger; Silvana Monteiro da Silva Fogal; e Thiago Baldani Gomes de Filippa, alunos do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela tão rica oportunidade de convivência, trabalho em grupo e aprendizado.

A carreira acadêmica permite, com a passagem do tempo, inúmeras satisfações, dentre as quais a consciência de continuidade por meio dos alunos que se formam. Para um professor, não há maior alegria do que poder reconhecer-se em certa medida em seus alunos. Tal reconhecimento advém de uma profunda convivência marcada pelo respeito mútuo e abertura ao diálogo. Assim, não se poderia deixar de agradecer aos alunos de graduação do Largo de São Francisco, protagonistas da história e tradição das Arcadas, que sempre estiveram presentes, reforçando a esta autora o valor e a beleza de seguir adiante. Espera-se que a presente obra possa-lhes despertar a curiosidade, não a título de verdade absoluta, mas sim como provocação para outros trabalhos e debates.

Finalmente, há que se retornar ao início de tudo, rendendo-se homenagem ao Professor Antônio Luís Chaves Camargo. Mais do que mestre e orientador dedicado, o Professor Chaves, como era assim chamado, foi responsável pela formação de várias gerações de penalistas brasileiros, muitos dos quais seguem na Universidade, levando adiante as preocupações e reflexões acerca do papel e dos limites do Direito Penal na sociedade contemporânea. É, assim, o saudoso mestre em boa medida coautor das linhas que seguem, que nada mais são do que a extensão de suas provocações e incentivo incessantes, e por isso merece eterna admiração e agradecimento.

À toda família, razão de ser da vida, e em especial aos queridos filhos Isabella, Maria Amélia e Miguel, o mais sincero e carinhoso agradecimento pela paciência, compreensão e apoio, para tudo e sempre.

Ao diretor da “Coleção Ciência Criminal Contemporânea”, ilustre e admirado Professor Cláudio Brandão, bem como à Editora D’Plácido, todo o reconhecimento pelo cuidadoso trabalho e gratidão pela confiança depositada.



# SUMÁRIO

<b>PRÓLOGO</b> .....	<b>17</b>
<b>PREFÁCIO</b> .....	<b>21</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>25</b>
<b>1. VALORAÇÃO, NORMA PENAL E ESTRUTURA DO DELITO</b> .....	<b>33</b>
1.1. Valoração e norma penal.....	33
1.1.1. A importância da valoração em Direito Penal.....	35
1.1.2. Os riscos de um sistema penal valorativamente neutro.....	39
1.2. Justificação e racionalidade das normas penais.....	53
1.3. Primeira aproximação ao normativismo e seus limites no Direito Penal.....	69
1.4. Norma penal e política criminal no contexto democrático.....	88
1.4.1. A complexa relação entre dogmática penal e política criminal.....	89
1.4.2. Conteúdo da política criminal e críticas ao seu rendimento material.....	95
1.4.3. Critérios político-criminais no contexto democrático: a proeminência dos direitos humanos.....	105
1.5. Norma penal e estrutura do delito.....	110

<b>2. LEGALIDADE E TIPICIDADE PENAL NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO</b> .....	<b>127</b>
2.1. Legalidade e determinação do tipo penal.....	127
2.1.1. O alcance e os limites da legalidade no âmbito penal.....	129
2.1.2. Expansão do Direito Penal e crise da legalidade: a crescente flexibilização da determinação dos tipos penais.....	145
2.2. Evolução epistemológica do tipo penal.....	158
2.3. Tipo e injusto penal: da relação entre tipicidade e antijuridicidade.....	172
2.4. Tipo penal e seus limites no contexto democrático.....	185
<b>3. OS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO OBJETIVO</b> .....	<b>191</b>
3.1. Origem e desenvolvimento do conceito de elementos normativos do tipo.....	191
3.1.1. Caracterização dos elementos normativos do tipo a partir do referencial valorativo.....	196
3.1.2. Caracterização dos elementos normativos do tipo a partir do referencial normativo.....	207
3.1.3. A compreensão dos elementos normativos do tipo por meio da filosofia analítica da linguagem.....	212
3.2. Valoração crítica: delimitação dos elementos normativos do tipo e da importância de sua distinção em relação aos elementos descritivos.....	220
3.3. Classes de elementos normativos do tipo e elementos afins.....	232
3.3.1. A delimitação temática dos elementos normativos ao tipo objetivo e suas classes.....	232
3.3.2. Elementos teóricos ou cognitivos do tipo.....	236
3.3.3. Cláusulas gerais.....	237
3.3.4. Elementos de valoração global do fato.....	242
3.3.5. Normas penais em branco.....	252
<b>4. AS REGRAS CONSTITUTIVAS DO CONTEÚDO DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO OBJETIVO: PONTUAÇÕES CRÍTICAS ATUAIS</b> .....	<b>263</b>



4.1. Tratados internacionais como referências ao conteúdo dos elementos normativos do tipo.....	264
4.1.1. Globalização e internacionalização da política criminal.....	268
4.1.2. Tratados internacionais como fontes do Direito Penal.....	281
4.1.3. Uniformização internacional do Direito Penal? Limites à utilização de referenciais internacionais como conteúdo dos elementos normativos do tipo.....	291
4.2. Os elementos normativos do tipo e as relações entre cultura, ética e Direito Penal.....	296
4.2.1. Multiculturalidade e seus efeitos sobre a valoração do injusto penal.....	297
4.2.2. Valorações éticas e os limites de sua incidência na constituição do conteúdo dos elementos normativos do tipo.....	319
<b>5. LEGITIMIDADE E LIMITES HERMENÊUTICOS DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO OBJETIVO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>335</b>
5.1. Direito Penal e autoritarismo: crítica à contribuição da dogmática para a afirmação expansiva da intervenção penal.....	336
5.2. Consequências da normatização do tipo penal à legalidade e à teoria do delito.....	346
5.3. Interpretação dos elementos normativos do tipo: o alcance da valoração entre as pressões hermenêuticas e os limites do sistema.....	361
5.4. Sobre a legitimidade dos elementos normativos do tipo objetivo no contexto de um Estado Democrático de Direito.....	380
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>385</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>393</b>



# PRÓLOGO

El libro, “Valor, norma e injusto penal: consideraciones sobre los elementos normativos del tipo objetivo en el Derecho penal contemporáneo”, como su propio título indica va de lo general a lo particular. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara presentó este estudio para obtener la plaza de Profesora Titular de la Universidad de Sao Paulo. La autora parte de la racionalización por medio del lenguaje como criterio de valoración jurídico científico intrínsecamente ligado la norma y el injusto penal, pero también reconoce otros valores exógenos como puede ser el carácter ideológico y político.

Después de esta afirmación realiza un estudio para delimitar las vías de legitimación y el alcance del tipo objetivo en el Derecho penal contemporáneo que se inicia con el establecimiento de dos presupuestos metodológicos: primero, el fundamento de la intervención penal está basado en el mantenimiento de las condiciones esenciales que le permiten el desarrollo de la libertad individual, las normas penales apenas tendrán justificación si en su funcionalidad sirven para generar más libertad de la sacrifican; segundo, no se puede asignar al Derecho penal tareas para las que no está concebido.

Con estas mimbres elabora un análisis que, sin obviar la naturaleza político-ideológica de la intervención punitiva del Estado, trata de orientar la valoración en la esfera penal en un sentido democrático, por medio del establecimiento de límites al normativismo, a la consideración de datos empíricos y a las discusiones críticas procedentes tanto de la criminología de la política-criminal, utilizando el filtro axiológico de la exigencia de respeto a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, se exige al legislador penal el respeto a los derechos fundamentales en el ámbito de una sociedad materialmente desigual,

imponiendo que las normas incriminadoras en la descripción de los comportamientos tengan una realidad factual y, antes de todo, un sentido democráticamente valorado. Actualmente, según la autora, toda la estructura del delito a penas cuenta con referencias capaces de abrirse al sustrato social que le otorgue un sentido concreto. Para fundamentar el reto que se plantea, comienza con un análisis crítico de principio de legalidad, el principio de taxatividad y las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad, teniendo presente, en opinión de la autora, que es necesario que se normativicen los tipos penales con el fin de incluir eficazmente los fenómenos criminales que surgen en la sociedad contemporánea.

Una vez que ha descrito la falta de consenso en la evolución del concepto opta porque los elementos normativos del tipo deben tener como referencia valorativa el normativismo y la filosofía del lenguaje, aunque reconoce que no existe todavía una conceptualización apta para garantizar la seguridad jurídica. La opción de inserción de los elementos normativos o descriptivos no consiste en una cuestión arbitraria, tampoco de mera lógica instrumental o lingüística. La idoneidad de los elementos típicos depende, según la autora, de su capacidad axiológica y empírica para comprender y restringir la realidad problemática concreta que la prohibición penal pretende tratar, a partir de la justificación de la necesidad de penal, como expresión del desvalor. Sobre la base de que todos los elementos del tipo pueden ser considerados como normativos en razón de su funcionalidad referidos a la valoración de la ilicitud, analiza como criterios de valoración de los elementos normativos del tipo los tratados internacionales, como instrumentos *soft law*, que llevaría a la adopción de una política criminal simbólica con riesgos para la credibilidad social del Derecho penal. También las reglas sociales y culturales, que bien como patrones sociales correspondientes a ciertos sectores hegemónicos o como concepciones éticas/culturales incoherentes con el pluralismo político que funda el Estado democrático de derecho, en opinión de la autora, no pueden ser automáticamente transferidas a la esfera penal sino que deben por pasar un filtro de legitimidad.

La multiculturalidad, en términos democráticos, se aborda desde una perspectiva pluralista, en la que el disenso y la diversidad cultural son entendidos de forma enriquecedora. De tal manera que, la utilización de reglas culturales, en opinión de la autora, en el análisis de los elementos normativos del tipo extrapenal requiere una valoración

en el respeto a la diversidad cultural que puede llevar a considerar que un resultado lesivo queda fuera de la norma. Por ende, las valoraciones éticas en el contexto pluralista, deben entenderse como remisiones a la Constitución, pudiéndose extrapolar parámetros culturales o éticos que garanticen la libertad, no la intervención penal.

Todo ello, determina que posteriormente retome la discusión en torno a legitimidad de los elementos normativos del tipo en el Estado de derecho, criticando: en primer lugar, las contribuciones dogmáticas que parten de la expansión autoritaria del Derecho penal, que se avalan con discursos políticos de autoafirmación del poder, y de los límites concretos al poder punitivo del Estado, propugnado que trabajen para solucionar los nuevos problemas de la sociedad contemporánea; en segundo lugar, las debilidades que presenta la tendencia de la normativización del tipo penal a la legalidad y la teoría del delito en general. En realidad, como pone de manifiesto la autora, el carácter incompleto de los elementos normativos del tipo no puede usarse como una analogía en la formación de la prohibición penal porque se estaría violando el principio de legalidad.

Cabe destacar que este estudio también aborda la conceptualización de los elementos normativos del tipo, desde una perspectiva político-jurídica, no tanto como una visión empírica y clasificatoria sino como un análisis de las consecuencias sociales, proponiéndose una limitación de su incidencia en una valoración restrictiva que reduzca el campo de lo penalmente relevante y el respeto a las garantías individuales. Así, defiende que los elementos normativos del tipo deben pasar los límites internos del lenguaje para situarse externamente en su relación con la concreta ofensa al bien jurídico protegido por la norma. Para acabar reclamando la necesidad de que el tipo penal se redacte con claridad porque se trata de un instrumento de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, que no debe estar plagado de elementos normativos cuyo único fin sea expandir la intervención penal a situaciones complejas, con la tentativa de abarcar cualquier realidad social. Es mejor para garantizar la libertad individual contra una intervención punitiva excesiva y disfuncional, afirma la autora, “renunciar a la regulación normativa del caso, bajo pena de seguir reafirmando el Derecho penal como un instrumento de reafirmación autoritaria de los intereses políticos”.

Este comprometido, sistemático, minucioso y coherente libro de mi amiga y compañera Ana Elisa que hoy ve la luz se trata de una gran

aporte a la dogmática brasileña, que unido a su trayectoria profesional dilatada y constante, así como a los extraordinarios méritos docentes y de investigación que acredita, bien merecen su plaza de Profesora Titular (catedrática) de Derecho penal. A la Universidad de Sao Paulo nada más me queda expresar mis felicitaciones por incorporar a su claustro de profesores a la excelente académica y jurista Ana Elisa Liberatore, con la esperanza de que nuestros vínculos universitarios se sigan fortaleciendo en los intercambios académicos e investigadores entre nuestras universidades y, por ende, entre nuestras sociedades (brasileña y española).

Salamanca a 18 de abril de 2018.

*Ana Isabel Pérez Cepeda*

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

# PREFÁCIO

Enfrentar a complexidade da relação entre valor e injusto, no âmbito da ciência penal, a qual tem por marca a violência, é descortinar a fronteira entre o *arbítrio* e o *poder com pretensão de legitimidade*. Com efeito, Direito Penal sem tutela de valores é instrumento de arbítrio e o enfrentamento desse tema fulcral é condição para conferir alicerce ao edifício da dogmática jurídica-penal.

O livro de Ana Elisa Libertore Silva Bechara, intitulado: *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*, enfrenta as relações entre o valor e o injusto tendo como pano de fundo suas interações em face dos elementos normativos do tipo. Entretanto, o poder criador da autora trouxe frutos à ciência penal que vão além de uma pesquisa de referência sobre os elementos normativos do tipo e sobre as questões referentes à legitimidade do Direito Penal em face dos valores.

O poder criativo da autora fez com que sua obra se revelasse como uma teoria geral do sistema penal, tendo como suporte teórico o *valor*. A pesquisa, nesta toada, abrange questões fulcrais para o sistema penal contemporâneo, como, *v.g.*, a questão da internacionalização da política criminal, a questão da multiculturalidade e seus efeitos sobre o injusto penal, além da questão dos limites que a democracia impõe à tipicidade penal. Sobre esse poder criativo, Clarice Lispector, na densidade e lucidez de seus escritos, dizia que

***“a criação não é uma compreensão, é um novo mistério”.***

Ana Elisa Libertore e Silva Bechara começa seu livro com uma abordagem sobre a valoração e a norma penal, tratando dos riscos de

um sistema que não seja orientado aos valores pertinentes ao Estado Democrático de Direito. Através do exemplo do direito penal nazista, mostra a manipulação do sistema penal pelos detentores do poder político para afirmar a todo um grupo humano uma ideologia totalitária. Assim, não se furta a autora de fazer o cotejo entre a norma penal e contexto democrático, abordando as relações complexas entre o direito penal e a política criminal, sem perder de vista a noção de valor, que é o fio condutor de harmoniza todos os pontos enfrentados.

O capítulo posterior é dedicado às relações entre a legalidade e a tipicidade penal. O princípio da legalidade, há muito apontado como o princípio reitor da dogmática penal, é aqui tratado como fundamento do tipo penal. Este último é investigado através de uma “dupla face”: ao mesmo tempo em que autoriza a intervenção do poder punitivo, o tipo penal limita esse mesmo poder. Por conta dessa “dupla face”, investiga os obstáculos que os valores democráticos impõe ao tipo penal e traz à ciência penal agudas críticas. Ressaltem-se, aqui, as palavras da autora:

*“Desse modo deverão ser entendidos o sentido e os limites da abertura dos tipos penais à valoração, sob pena do crescente processo de normatização a que se assiste conduzir o Direito Penal ao retorno a um período pré-iluminista”.*

Mas é ao tratar dos elementos normativos do tipo que a autora, parafraseando Clarice Lispector, *adentra em novos mistérios*.

Após dissecar a construção que a dogmática penal realizou em face dos elementos normativos do tipo penal, a autora enfrenta tópicos que estão na proa dos problemas hodiernos da ciência penal. Ressalte-se, por exemplo, a utilização de referências internacionais como o elemento que terá o condão de conferir sentido e alcance ao elemento normativo do tipo penal. Nesse ponto, toma como caso limite o exemplo brasileiro em face da organização criminosa.

É de se notar a originalidade da reflexão da autora ao tratar das relações entre os elementos normativos do tipo e a (multi)cultura. Após tratar das questões referentes a ética e o direito, volta-se ao *pluralismo* para concluir:

*“Apenas resulta democraticamente aceitável, assim, um sistema penal que baseie a conformação dos delitos no critério da disfuncionalidade das condutas proibidas em relação ao*



*objetivo da convência pacífica em liberdade, prescindindo de finalidades éticas ou religiosas. ”*

Com a presente obra, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – penalista com extensa experiência e produção científica, que ecoa além do território nacional – ascendeu à cátedra de direito penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Essa conquista se deveu ao poder **criativo** da autora. Terminei, destarte, o presente proêmio, com a mensagem de Fernando Pessoa:

*“Quero para mim o espírito desta frase, transformada a forma para casar com o que eu sou: Viver não é necessário; o que é necessário é criar”.*

Belo Horizonte, julho de 2018.

*Cláudio Brandão*



# INTRODUÇÃO

O mundo somente pode ser percebido e racionalizado por meio da linguagem, e assim também o Direito.<sup>1</sup> Dessa forma, de um lado a linguagem permite compreender os fenômenos jurídicos, e estes, de outro, são conformados por ela. Em tal paradoxo reside o caráter transitório e variável do Direito, inclusive na esfera penal. A despeito de ser variável, porém, a criação jurídico-penal não pode ser entendida como uma narrativa puramente ficcional, sendo na verdade limitada por uma infinidade de fronteiras,<sup>2</sup> correspondendo a linguagem a apenas uma delas. À linguagem somam-se, então, outros critérios de valoração, os quais são fundamentais para a compreensão e a delimitação da intervenção punitiva sobre a liberdade do indivíduo. Valor, norma e injusto penal estão, portanto, intrinsecamente ligados, em uma construção complexa, porque dependente não só de critérios jurídico-científicos, mas também de inúmeros fatores exógenos, inclusive de caráter ideológico e político.

Ao materializar o princípio da legalidade, o Direito Penal cristaliza-se sob a forma de descrição de comportamentos hipotéticos referidos a determinada realidade social; tais comportamentos, sendo valorados a partir da ofensa provocada a bens jurídicos dignos de tu-

---

<sup>1</sup> Conforme afirma Ludwig WITTGENSTEIN: “os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Investigações filosóficas. Tradução de M. S. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 114.

<sup>2</sup> COSTA, José de Faria. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D’AVILA, Fábio Roberto (Org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**. Perspectivas e tendências. Porto Alegre: EdPUCRS, 2011. p. 15.

tela penal, assumem a dimensão conceitual de delitos. Afastando-se, porém, do romantismo iluminista, em que se acreditava, a partir de um positivismo legalista, ser possível definir toda a realidade por meio da narrativa clara de uma conduta, foi-se gradualmente tomando consciência de que a busca de uma descrição absoluta e inequívoca é insensata, porque impossível. Sob tal perspectiva, os tipos penais passaram a assumir certa abertura ou normatização, inclusive por meio da linguagem, de modo a melhor abarcar – em tese – a descrição de condutas penalmente desvaloradas.

Embora não seja propriamente nova, a discussão sobre a normatividade e a interpretação normativa em Direito Penal assume cada vez mais importância, em razão do próprio desenvolvimento social e do correspondente fenômeno de expansão da intervenção penal na tentativa de responder aos novos conflitos daí surgidos. Conforme adverte Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, a concepção atual de legalidade revela-se muito distinta daquela que sustentou o legalismo, que no século XIX buscava a segurança jurídica por meio da redução do Direito à lei escrita, presumida de conhecimento de todos. A partir do final do século XX, passou-se a assistir a um fenômeno de “pulverização da lei”, rompendo-se o princípio da legalidade conforme sua concepção clássica em razão da pluralidade e da descentralização das fontes do Direito, as quais tornam o resultado da integração entre os diversos dispositivos normativos, não raras vezes, impenetrável. Sob essa perspectiva, expõe SILVA SÁNCHEZ, modifica-se o paradigma liberal no qual o legislador ocupava politicamente a posição central, convertendo-se a função judicial em elemento principal do sistema jurídico-penal, da qual passa a depender diretamente a segurança jurídica, na medida em que o julgador funciona como agente intermediador no processo de comunicação entre as normas e seus destinatários.<sup>3</sup>

Todo o trabalho hermenêutico do intérprete depende, porém, do conteúdo da norma penal, que dispõe de forma específica sobre determinados fenômenos jurídicos, dentre os quais se destaca o próprio conceito do delito. Desse modo, o nível de normatização do tipo

---

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; CARO JOHN, José Antonio (Ed.). **El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo**. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 205-206.

interfere diretamente nas possibilidades concretas de sua valoração e, assim, na delimitação da intervenção penal.

A atribuição de responsabilidade penal ao indivíduo diante da prática de uma conduta delitiva não pode perfazer-se a partir da mera decisão argumentativa do julgador, tampouco se funda em conceitos ou deveres jurídicos abstratos. Tal responsabilidade deve, na verdade, decorrer de uma avaliação concreta sobre a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como da observância da função e dos limites do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito que tome os cidadãos não simplesmente como destinatários da norma, mas como participantes no processo comunicativo de sua elaboração.

Justamente nesse ponto surgem os elementos normativos do tipo como tema da presente investigação, buscando-se estabelecer o alcance e os limites democráticos de sua valoração no âmbito da teoria do delito. É importante observar, porém, que a importância da discussão sobre a legitimidade e os limites dos elementos normativos do tipo penal não decorre apenas dos novos problemas impostos pela realidade contemporânea – mesmo que estes talvez lhe confirmem coloridos distintos –, mas sobretudo de questões fundamentais do Direito Penal já conhecidas e ainda não bem resolvidas. Assim, independentemente da globalização e do processo paralelo de internacionalização do Direito Penal, bem como do multiculturalismo, do pluralismo político e dos novos desafios éticos, a existência dos elementos normativos do tipo traz, diante da contradição entre sua natureza e o princípio da legalidade, inúmeras implicações e dificuldades à teoria do delito, necessitando, por isso, de reflexão.

De outra parte, ressalta-se que nem sempre os elementos normativos do tipo representam uma abertura excessiva do tipo penal, havendo diversos casos em que tais elementos se referem a conteúdos jurídicos previamente determinados, de forma precisa, ostentando, assim, uma interpretação bem delimitada em relação aos marcos legais, o que evita distorções ou decisões arbitrárias. Pode-se afirmar, então, que em tais hipóteses a presença de elementos normativos no tipo penal não causa especiais problemas, funcionando, ao revés, para esclarecer de forma limitadora a norma penal.

Os problemas quanto à normatização surgem quando os elementos normativos do tipo remetem a normas jurídicas oriundas de setores com objetivos e princípios bastante distintos daqueles presentes na esfera penal, cujo conteúdo não pode ser aproveitado automaticamente sem

causar uma extensão arbitrária da intervenção penal, ou quando sua compreensão exige uma concreção valorativa pelo intérprete a partir de regras extrajurídicas. Nesta última hipótese, não havendo em tese parâmetros específicos expressos para a valoração, apenas restaria a esperança de que o julgador, ao aplicar a norma penal ao caso concreto, atuará com justiça e observará os marcos jurídico-penais de respeito à liberdade e à segurança jurídica dos cidadãos.

Ao se exagerar no recurso aos elementos normativos, como vem acontecendo de maneira crescente no âmbito jurídico-penal contemporâneo, corre-se o sério risco de debilitar o princípio da legalidade em favor de uma expansão desenfreada e autoritária do poder punitivo estatal, apta a atingir qualquer cidadão, a depender da subjetividade do aplicador da norma. Isso porque tais elementos levam, quando mal-empregados, à desmaterialização do conteúdo do delito, que passa a constituir mera fórmula legal abstrata. Tal desmaterialização resulta, por sua vez, em uma idealização da intervenção penal, que deixa de justificar-se sobre a base de funções concretas e socialmente úteis. É ocioso questionar se uma norma penal é democraticamente justificável quando se carece dos conhecimentos acerca de suas consequências sociais. A normatização do tipo penal é apta a impedir a visualização dos pressupostos de tal análise, na medida em que não deixa claro o sentido preciso da proibição e o conteúdo concreto da ofensa intolerável ao bem jurídico. O resultado de todo esse processo de desmaterialização consiste, assim, na impossibilidade de formulações críticas ao sistema penal, que se torna gradativamente imune a interferências de contenção externas, impondo-se como um dogma inescapável no âmbito de uma realidade caótica. E tudo isso em nome de um juízo de ponderação pretensamente democrático, entre os custos individuais e os benefícios sociais de uma expansão da intervenção penal, projetada em tese para a busca do “bem comum”.

A grande questão que se põe como pano de fundo de toda a discussão consiste, então, em saber se em um contexto democrático é possível utilizar tal princípio de ponderação dessa forma, tomando matematicamente a imagem da balança de *Themis*, que ilustra o ideal de justiça. Sem pretender adiantar neste momento as conclusões da presente investigação, parece que deve haver algo mais do que um balanceamento pragmático como critério de valoração jurídico-penal. Nem tudo é comparável e ponderável, a começar da própria dignidade humana, que fundamenta o Estado Democrático de Direito. Percebe-

-se, assim, que o tema a ser debatido vai além do campo dogmático ou técnico-jurídico, tocando diretamente a própria base do Estado Democrático de Direito.

Remetendo ao título da conhecida gravura de Francisco de GOYA, **O sonho da razão produz monstros**,<sup>4</sup> as “razões” do sistema penal são frequentemente aptas a gerar monstros, que devem ser combatidos. E, na esfera penal, a iluminação apta a conter tais monstros, convertendo-os em figuras reais que não ofereçam perigo ao indivíduo, apenas pode se dar por meio da refundação de seus critérios valorativos, conforme seus princípios fundamentais e sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos.

A partir de tais observações, delineiam-se, então, os caminhos para a análise da legitimidade e do alcance dos elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Para tanto, no primeiro capítulo são inicialmente estabelecidos os pressupostos crítico-metodológicos para a valoração normativa, os quais determinarão os limites da interferência estatal sobre a liberdade do cidadão. Diante da consideração da importância da valoração na esfera penal, e sem desconsiderar a natureza político-ideológica da intervenção punitiva estatal, busca-se orientar tal valoração no sentido democrático, por meio da oposição de limites ao normativismo e da consideração de dados empíricos e discussões críticas trazidas pela criminologia, como também, no âmbito político-criminal, do filtro axiológico da exigência de respeito aos direitos humanos. Desdobrada a valoração em toda a estrutura do delito, e considerando-se que os elementos da teoria do delito representam construções vazias de significado por si mesmas, adquirindo sentido apenas como referenciais capazes de se abrir ao substrato social que lhes outorga um sentido concreto, estabelecem-se os diferentes momentos de incidência de uma análise normativa, não só por meio da imputação objetiva como também dos princípios fundamentais que orientam o Direito Penal, da própria função que lhe é atribuída, do ordenamento jurídico em seu conjunto e das condições concretas do desenvolvimento social.

Em seguida, entendida a norma penal como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, no sentido de motivação potencial, exigindo-se-lhe a descrição taxativa dos elementos que

---

<sup>4</sup> A obra, datada do séc. XVIII, cujo título original é **El sueño de la razón produce monstruos**, faz parte da série “Caprichos” e encontra-se exposta no Museo Nacional del Prado, Madrid (Espanha).

materializam o delito, no segundo capítulo aborda-se criticamente o conceito de legalidade e seus traços atuais, diante da expansão do Direito Penal e da conseqüente flexibilização dos tipos penais. Da mesma forma, expõe-se a evolução conceitual do tipo, abordando-se seu conteúdo e suas funções contemporâneas, bem como as relações entre tipicidade e antijuridicidade, buscando-se demonstrar que, embora haja a necessidade de certa normatização dos tipos penais para o fim de abranger eficazmente as questões postas pela sociedade contemporânea, referido processo deve ser tomado com cautela, e sobretudo com desconfiança, diante da inegável tendência expansiva disfuncional do poder punitivo do Estado.

O terceiro capítulo da investigação aborda a evolução do conceito de elementos normativos do tipo, destacando-se a inexistência de consenso acerca de sua caracterização. Após o exame das concepções que identificam os elementos normativos a partir dos referenciais valorativo, normativo e da filosofia da linguagem, evidencia-se a insuficiência teórica de tais teorias no sentido de chegar a uma conceituação apta a garantir segurança jurídica nos âmbitos de compreensão e de aplicação do Direito Penal, pregando-se uma delimitação crítica e extrassistêmica do conceito por meio da função do Direito Penal, de seus princípios informadores e do conteúdo material do delito, correspondente à ofensa ao bem jurídico.

O quarto capítulo é dedicado à exposição e crítica de relevantes polêmicas atuais em torno dos elementos normativos do tipo. A primeira delas se relaciona ao processo de globalização e à conseqüente internacionalização do Direito Penal, a qual levaria, em tese, à possibilidade de utilização de tratados internacionais como fonte do Direito Penal, no sentido de constituírem o objeto de referência dos elementos normativos. Também em decorrência da globalização, surge como questão a ser abordada a multiculturalidade e seus desafios para o estabelecimento do conteúdo constitutivo dos elementos normativos, no âmbito de um difícil balanceamento entre o respeito à diversidade cultural e a proteção dos direitos humanos. Finalmente, expõem-se as distintas possibilidades de valoração ética e suas limitações, no contexto pluralista, como critério de valoração do conteúdo dos elementos normativos do tipo.

Por fim, o quinto capítulo retoma a discussão ampla do tema, com o objetivo de reafirmar as dificuldades para a consideração da legitimidade dos elementos normativos do tipo no contexto de um



Estado Democrático de Direito. Para tanto, expõe-se criticamente a contribuição da dogmática como instrumento de expansão autoritária da intervenção penal, defendendo-se a necessidade de desvinculação da ciência penal em relação aos discursos políticos de autoafirmação do poder e da busca por limites concretos ao poder punitivo estatal, trabalhando-se com os novos problemas postos pela sociedade contemporânea. No mesmo sentido, estabelecem-se as principais consequências negativas da tendência de normatização do tipo penal à legalidade e à teoria do delito em todos os seus elementos. Diante das críticas ao autoritarismo e ao normativismo penal, questiona-se em seguida o alcance possível da interpretação dos elementos normativos do tipo, a qual na atualidade assume novos contornos, estando sujeita a inéditas pressões, no contexto de um Direito Penal cada vez mais judicial.

A partir da discussão crítica do tema e da valoração dos fundamentos e limites do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito, de cunho personalista, propõe-se, então, uma mudança substancial no tratamento dos elementos normativos do tipo, haja vista estar historicamente demonstrada a ineficácia da argumentação retórica acerca da abertura típica como fator de contenção do poder punitivo estatal em benefício da liberdade individual e, assim, de justiça. Revelando-se como uma questão de política jurídica, a abordagem dos elementos normativos do tipo objetivo deve estar muito menos preocupada com uma visão empírica e classificatória do que com a análise de suas consequências sociais, a conferir-lhes uma função crítica, e não legitimadora da intervenção penal. Assim, por meio de uma inversão metodológica, pretende-se chegar a maior funcionalidade no tratamento de tais elementos, propondo-se a consideração de sua abertura valorativa de forma restritiva, apenas como elemento de limitação da incidência penal. Visto dessa forma, o tipo penal seguirá passível de uma contextualização social por meio de sua valoração, sem que isso implique a perda da segurança jurídica ou qualquer expansão injustificada da intervenção penal. Para tanto, o pano de fundo de tal análise valorativa logicamente deve continuar sendo o respeito ao indivíduo, tomado como centro e razão de ser do próprio ordenamento jurídico.

Em suma, embora se reconheça a necessidade de abertura valorativa e, assim, de certa normatização dos tipos penais para o fim de abranger algumas questões pontuais postas pela sociedade contemporânea, referido

processo deve ser tomado com cautela, e sobretudo com desconfiança, haja vista que os elementos normativos do tipo podem constituir uma importante porta de entrada para o autoritarismo no sistema penal.

É verdade que tal projeto crítico parece difícil no contexto de uma sociedade planificada sobre o presente, privada de qualquer sentido de passado e, o que é ainda mais grave, de futuro. Esse fenômeno é acompanhado, na esfera jurídico-penal, por uma constatação inquietante, conforme observa Sergio MOCCIA: a ação do legislador encontra-se cada vez mais reduzida a interesses imediatistas, correndo o risco de converter-se em mero interesse de parte, de caráter ilegítimo. A mistura geral de valores, a difusão de uma ideologia do medo e o rápido crescimento de fundamentalismos superficiais a que se assiste na atualidade podem levar à implosão da crítica, que deveria ser encargo de uma atividade da academia muitas vezes incompreendida (e às vezes também pouco compreensível). Justamente por isso, impõe-se à ciência penal o dever de projetar estratégias para um controle social minimamente legítimo, envolvendo a verificação permanente da legislação penal, de modo a evidenciar suas tensões em relação às aspirações de uma mínima intervenção penal, cuja principal preocupação deve ser a de conciliar, por meio da redução do campo do penalmente relevante, o respeito às garantias individuais.<sup>5</sup>

Retomando o **Tractatus logico-philosophicus** de WITTGENSTEIN, o autor adverte no prefácio que “*em geral o que pode ser dito, o pode ser claramente, mas o que não se pode falar deve-se calar*”.<sup>6</sup> Se não se consegue elaborar um tipo penal com clareza, fazendo-se, ao contrário, uso dos elementos normativos apenas com o fim de alargar e, conseqüentemente, de facilitar a intervenção penal em situações complexas (tanto em razão de fatores técnicos ou tecnológicos como diante de divergências éticas e valorativas), na tentativa de abarcar qualquer realidade social, é melhor repensar o próprio sentido da proibição penal e renunciar à regulação normativa nesse caso, sob pena de seguir reafirmando o Direito Penal como instrumento de reafirmação autoritária de interesses políticos.

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, v. MOCCIA, Sergio. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade. Tradução de André Ribeiro Giamberardino. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 415-416.

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**, cit., prefácio.



*“O livro de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, intitulado: Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo, enfrenta as relações entre o valor e o injusto tendo como pano de fundo suas interações em face dos elementos normativos do tipo. Entretanto, o poder criador da autora trouxe frutos à ciência penal que vão além de uma pesquisa de referência sobre os elementos normativos do tipo e sobre as questões referentes à legitimidade do Direito Penal em face dos valores.”*

*Cláudio Brandão*

