

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Glaison Lima Rodrigues

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELA POLÍCIA
JUDICIÁRIA**

Belo Horizonte

2020

Glaison Lima Rodrigues

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELA POLÍCIA
JUDICIÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

| | |
|-------|--|
| R696d | <p>Rodrigues, Glaison Lima</p> <p>A dignidade da pessoa humana como fundamento para a aplicação da teoria da imputação objetiva pela polícia judiciária / Glaison Lima Rodrigues. Belo Horizonte, 2020.</p> <p>164 f.</p> <p>Orientador: Guilherme Coelho Colen Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito penal - Brasil. 2. Policiais judiciários - Brasil. 3. Inquérito policial. 4. Investigações - Brasil. 5. Prisão em flagrante. 6. Dignidade (Direito) - Brasil. 7. Flagrante delito - Brasil I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 343.123.1</p> |
|-------|--|

Ficha catalográfica elaborada por Elizângela Ribeiro de Azevedo - CRB 6/3393

Glaison Lima Rodrigues

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELA POLÍCIA
JUDICIÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (Orientador) – PUC-Minas

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Banca Examinadora) – PUC-Minas

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero (Banca Examinadora) – UFMG

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (Suplente) – PUC-Minas

Belo Horizonte/MG, 05 de março de 2020.

*À minha querida esposa Jéssica por toda
abdicação e empenho em prol de um projeto
de família. Em você encontro o suporte, a
força e a suavidade necessários para dar
equilíbrio na conquista de nossas metas.*

AGRADECIMENTOS

Aos colegas de jornada que se enveredam pelas sinuosas curvas do Direito Penal, especialmente por meio do seu profundo estudo conduzido pelos professores do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da PUC-Minas, com destaque para o professor Doutor Guilherme Coelho Colen em razão do direcionamento na condução deste trabalho. A confiança em mim depositada pelo professor Guilherme Colen foi crucial para trazer sensatez e profissionalismo às pesquisas realizadas.

Agradeço ao professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, a quem tive a honra de ser aluno, que diante de seu profundo, notório e reconhecido saber jurídico-penal me fez pender, definitivamente, para as sendas das Ciências Criminais.

Especial agradecimento aos eternos estudantes de direito, que nas mais diversas oportunidades não se furtam em compartilhar as ideias e ideais das ciências criminais e dos problemas sociais, dentre os quais, certamente com receio de preterir alguém, destaco William Ferreira, Leandro Teixeira, Marcus Pimenta, Isaías Henrique, Hudson Fernandes, Ronald Henriques e Jonas Tomazi.

Aos amantes do conhecimento com os quais tive a oportunidade de ombrear nas interlocuções sobre inúmeros temas da vida que, decerto, contribuíram para a minha formação, com destaque para Amarildo Rangel, Felipe Zacarias, Rodrigo Santos, Antônio Carlos de Paula, Sidney de Freitas, Fábio Moreira, Bruno Aguiar, Paulo Henrique Lima, Adriano dos Santos, Francisco Menezes, Edmar Guimarães, Marcos Antônio de Almeida e Luís Carlos Cordeiro.

Certamente esta pesquisa não seria a mesma sem me embrenhar dos profícuos conhecimentos angariados destes profissionais que em vários momentos me presentearam com as mais distintas confabulações de enorme profundidade.

Aos meus pais, irmãos-amigos, cunhados e sobrinhos pelo apoio aos meus estudos e pela união que reconhece nas diferenças o verdadeiro sentido de família. As metas têm sabor especial quando a jornada, embora árdua, é compartilhada e alicerçada pelos que nos rodeiam. Obrigado por existirem e serem especiais em minha vida.

*“O homem nasceu livre, e por toda a parte
geme agrilhado; o que julga ser senhor dos
demais é de todos o maior escravo.”
(ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato
Social, [1762]/2003, p. 23).*

RESUMO

O presente trabalho realizou uma abordagem dogmática da teoria da imputação objetiva, perscrutou suas peculiaridades com base no funcionalismo e aferiu sobre a viabilidade de aplicação da aludida teoria por parte da autoridade de polícia judiciária. Buscou-se com as pesquisas apurar a possibilidade de se aplicar a teoria da imputação objetiva no momento da formalização de uma prisão em flagrante delito. Para o desenvolvimento do tema procedeu-se aos estudos relacionados às teorias da conduta e do nexa causal, apresentando destaque para a teoria da imputação objetiva e suas características delineadas por dois dos seus principais autores. Foram objetos de pesquisa as diferenciações existentes no elemento tipicidade, presente no fato típico, ressaltando suas vertentes formal e material, diligenciando no sentido de verificar a possibilidade de sua aferição pela polícia judiciária, em especial nos casos de prisões decorrentes de flagrante delito. Realizou-se a distinção entre a polícia judiciária e a polícia investigativa, além de apontar a relevância da autoridade policial como cargo de natureza jurídica evidenciando que, em regra, referida autoridade é a primeira a ter contato com o preso em flagrante, tornando-o garantidor primário dos mais mezinhos direitos da pessoa detida. As pesquisas abrangeram estudos sobre a possibilidade de a autoridade de polícia judiciária reconhecer a atipicidade de uma conduta tendo por substrato a teoria da imputação objetiva. Assim, pesquisar sobre a viabilidade técnica da aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da autoridade de polícia judiciária seria permitir reflexões sobre as implicações práticas do direito penal pautado na dignidade da pessoa humana e sob os pressupostos do garantismo penal.

Palavras-chave: Imputação objetiva. Dignidade da pessoa humana. Polícia judiciária. Garantismo penal. Prisão em flagrante.

ABSTRACT

The present work realized a dogmatic approach to the theory of objective imputation, examined its peculiarities based on functionalism and assessed the feasibility of the application of this theory by the judicial police authority. The research sought to investigate the possibility of applying the theory of objective imputation at the moment of the formalization of a prison in the red-handed. For the development of the theme, proceeded to studies related to the theories of conduct and causal nexus, highlighting the theory of objective imputation and its characteristics outlined by two of its main authors. The object of research was the differentiation existing in the element typicality, present in the typical fact, emphasizing its formal and material aspects, endeavoring to verify the possibility of its measurement by the judicial police, especially in the cases of arrests resulting from flagrant offense. A distinction was made between the judiciary police and the investigative police, in addition to pointing out the relevance of the police authority as a post of a legal nature that shows that, as a rule, the legal authorities are the first to have contact with the prisoner in the red-handed, making it the first to guarantee the main rights of the detained person. The research covered studies on the possibility of the judicial police authority recognizing the atypicality of conduct based on the theory of objective imputation. Thus, researching the technical viability of the application of the theory of objective imputation by the judicial police authority is to allow reflections on the practical implications of criminal law based on the dignity of the human person and under the assumptions of penal guarantee.

Keywords: Objective imputation. Dignity of human person. Judiciary Police. Penal Guarantee. Prison in the red-handed.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APF – Auto de prisão em flagrante

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MPMG – Ministério Público do Estado de Minas Gerais

PIC – Procedimento Investigatório Criminal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCC – Termo de Compromisso de Comparecimento

TCO – Termo Circunstanciado de Ocorrência

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

VPI – Verificação de Procedência das Informações

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 23 |
| 2 | O FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS..... | 27 |
| 2.1 | A teoria do crime e sua necessária estratificação | 27 |
| 2.2 | O conceito de conduta e de resultado para fins penais..... | 30 |
| 2.2.1 | <i>A conduta.....</i> | 30 |
| 2.2.2 | <i>O resultado como elemento do fato típico</i> | 34 |
| 2.3 | Relação de causalidade | 35 |
| 2.3.1 | <i>Principais teorias da relação de causalidade.....</i> | 37 |
| 2.3.1.1 | <i>Teoria da equivalência dos antecedentes causais</i> | 37 |
| 2.3.1.2 | <i>Teoria da causalidade adequada.....</i> | 41 |
| 2.3.1.3 | <i>Teoria da relevância jurídica.....</i> | 43 |
| 2.3.1.4 | <i>Teoria da imputação objetiva: trata-se de teoria do nexo causal?.....</i> | 44 |
| 2.4 | Tipicidade | 45 |
| 3 | A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA | 49 |
| 3.1 | Considerações iniciais sobre a imputação objetiva | 49 |
| 3.2 | Princípios de direito penal aplicáveis à imputação objetiva..... | 55 |
| 3.2.1 | <i>A dignidade da pessoa humana.....</i> | 56 |
| 3.2.2 | <i>Princípio da intervenção mínima.....</i> | 58 |
| 3.2.3 | <i>Princípio da lesividade</i> | 60 |
| 3.2.4 | <i>Princípio da adequação social.....</i> | 61 |
| 3.2.5 | <i>Princípio da insignificância.....</i> | 62 |
| 3.3 | Notas sobre o causalismo, o finalismo e o funcionalismo penal | 64 |
| 3.3.1 | <i>O causalismo</i> | 65 |
| 3.3.2 | <i>O finalismo.....</i> | 66 |
| 3.3.3 | <i>O funcionalismo</i> | 69 |
| 3.4 | A teoria da imputação objetiva na perspectiva de Claus Roxin | 71 |
| 3.4.1 | <i>O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito como excludentes de tipicidade: reflexões sobre a tipicidade conglobante de Zaffaroni e sobre o vetor ‘risco permitido’ da teoria da imputação objetiva de</i> | |

| | | |
|-------|--|-----|
| | <i>Roxin</i> | 77 |
| 3.5 | A teoria da imputação objetiva na perspectiva preconizada por Günther Jakobs | 85 |
| 3.6 | Distinção entre relação de causalidade e imputação do resultado | 89 |
| 3.7 | Críticas à teoria da imputação objetiva | 91 |
| 4 | A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL E SEU PAPEL NA AFERIÇÃO DA TIPICIDADE PENAL DO FATO | 97 |
| 4.1 | A necessária observância da dignidade da pessoa humana pela autoridade de polícia judiciária | 97 |
| 4.2 | Polícia investigativa e polícia judiciária | 100 |
| 4.2.1 | <i>A importância prática da distinção entre polícia investigativa e polícia judiciária</i> | 104 |
| 4.3 | A carreira jurídica da autoridade de polícia judiciária | 105 |
| 4.4 | Breves considerações sobre a prisão em flagrante delito | 106 |
| 4.4.1 | <i>Auto de prisão em flagrante negativo</i> | 109 |
| 4.4.2 | <i>Audiência de custódia e prisão em flagrante</i> | 111 |
| 4.5 | A polícia judiciária no Brasil e seu papel diante de uma prisão em flagrante | 112 |
| 4.5.1 | <i>O instituto da Verificação de Procedência das Informações (VPI)</i> | 116 |
| 5 | A POLÍCIA JUDICIÁRIA E SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO PARA ALÉM DA TIPICIDADE FORMAL | 123 |
| 5.1 | As lástimas da persecução penal | 123 |
| 5.2 | O papel da polícia judiciária como garantidora primária dos direitos e garantias fundamentais | 124 |
| 5.3 | A atuação jurídica da autoridade policial na ampla aferição da tipicidade penal do fato | 127 |
| 5.3.1 | <i>Aplicação da teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária através do método entimemático: materializando os estudos da obra do Prof. Cláudio Brandão na fase pré-processual</i> | 130 |
| 5.4 | A importância dos axiomas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e sua observância necessária pela autoridade de polícia judiciária | 134 |
| 5.5 | Implementação da teoria da imputação objetiva pela polícia | |

| | | |
|-----|---|-----|
| | judiciária..... | 137 |
| 5.6 | Exemplos de julgados que aplicaram a teoria da imputação objetiva no Brasil | 144 |
| 6 | CONCLUSÃO | 147 |
| | REFERÊNCIAS | 153 |

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui um perverso histórico de encarceramento com números que se agigantam a cada ano, contando com uma massa de enjaulados desprovidos de toda a condição minimamente humana. Há enorme incentivo a uma política (e a uma polícia) de tolerância zero, complacente de uma violência retrógrada que minimiza os mais rasteiros postulados protetivos de Direito Penal em prol de uma suposta sociedade ordeira, não obstante visivelmente desigual e excludente.

O tema Direitos Humanos é pejorado tanto por privilegiados imunes às sendas do Direito Penal, quanto pelos seus asseclas devidamente treinados para ruminar repetindo máximas tais como “Direitos Humanos para Humanos Direitos” ou “bandido bom é bandido morto”.

Muitos que bradam referidas máximas figuram como subservientes que sequer se dão conta da manipulação sofrida, afastando-os da real visão do problema da criminalidade, restando preteridas as reflexões sobre as possíveis soluções que poderiam ser mais bem discutidas e tornando muitas pessoas, por vezes vítimas do próprio sistema, em meros ventríloquos de interesses sabiamente blindados por uma casta de imputáveis impuníveis.

Nesse contexto, a disputa por poder em cargos estatais, cujos detentores se inflam de vaidades, seja de forma explícita, seja de forma obscurecida pela *persona* cuja armadura é representada pela toga ou pelo terno, deixa estampada que a fissura aberta dos augúrios do sistema penal somente será meticulosamente suturada quando as indumentárias-escudo, acompanhadas da soberba, cederem espaço a um debate sério e conciso que permita o exercício do direito penal em consonância com os postulados garantistas e em prol da dignidade da pessoa humana.

Visualizada as formas de aplicação do Direito Penal surge o tema objeto deste trabalho, que se propõe a pesquisar a melindrosa teoria da imputação objetiva e, não obstante as já tão controversas situações que envolvem o tema e a resistência para sua aplicabilidade por uma parte da doutrina, objetiva-se avançar no sentido de perquirir acerca da viabilidade técnica da aplicação da aludida teoria pela polícia judiciária, o que poderia permitir a implementação de garantias penais desde o nascedouro do poder de encarceramento estatal.

O conceito material de crime está umbilicalmente relacionado à lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado pela norma penal, razão por que a cominação de pena no preceito secundário do tipo abstratamente previsto em lei é o corolário da subsunção do fato praticado à descrição do preceito primário, fazendo surgir a tipicidade como o ajustamento do fato à norma.

Para viabilizar o entendimento sobre o fenômeno criminal e estabelecer a correta interpretação do fato praticado, conveniente adotar o critério de análise do crime em fases, seja em quatro, três ou em dois exames distintos, em situação na qual, embora único, o crime é perscrutado como sendo um fato típico, antijurídico e, para a maioria dos juristas, culpável, devendo ainda ser, para corrente minoritária, punível.

Em cada uma das fases apontadas há subdivisões, trazendo destaque para o fato típico em que, fracionado, torna visível, para os crimes materiais, a conduta, o resultado, o nexos de causalidade e a tipicidade.

É nesse contexto analítico que se encontra o cerne da pesquisa em comento, vez que tem por finalidade tratar da teoria da imputação objetiva em seu contexto teórico e, entendidas suas bases conceituais, apurar a viabilidade técnica de sua aplicação por parte da polícia judiciária quando de uma prisão em flagrante delito.

Para levar a cabo esta empreitada, os capítulos foram concatenados de forma a permitir uma evolução organizativa dos estudos. Já no segundo capítulo procurou-se destacar o elemento fato típico, presente no conceito analítico de crime, sendo destrinchado de forma a permitir o estudo de suas estruturas características em crimes materiais, revelando-se as nuances da conduta, do resultado, da relação de causalidade e da tipicidade.

Especial destaque foi conferido às principais teorias do nexos causal, investigando-se as bases teóricas da teoria da equivalência dos antecedentes causais, da teoria da causalidade adequada, da teoria da relevância jurídica e, ainda, foi analisada a teoria da imputação objetiva e seu consequente questionamento se se trata, de fato, de uma teoria do nexos causal.

Em seguida, no terceiro capítulo, foram elaborados estudos específicos sobre a teoria da imputação objetiva, seu histórico cronológico, seus principais precursores, os pressupostos basilares pelos quais se sustenta em cada uma das principais vertentes e, ainda, as críticas por parte da doutrina quanto à sua formatação e aplicabilidade prática. As perspectivas da teoria da imputação objetiva

deste trabalho têm por foco os estudos do jurista alemão Claus Roxin, sem deixar de traçar as linhas gerais da vertente funcionalista radical de Günter Jakobs.

Objetivando apurar a viabilidade técnica da aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da polícia judiciária, foi crucial enveredar pelas peculiaridades desta instituição repressiva estatal, aferindo sua atuação no Brasil e seu papel quando da análise da tipicidade penal do fato.

Para tanto, foram estabelecidas as distinções existentes entre a polícia investigativa e polícia judiciária e aclarado o papel desta polícia diante de uma prisão em flagrante delito, demonstrando-se o substrato normativo que reconhece a carreira da autoridade policial como sendo jurídica e, nesse sentido, foi sopesada sua atuação no que tange à aferição da ampla da tipicidade penal do fato, abrangendo os aspectos formal e material.

No capítulo cinco foi esmiuçado o papel constitucional da polícia judiciária, com destaque para uma atuação que exorbita a mera tipicidade formal em situação precursora das garantias mais mezinhas dos direitos fundamentais que tem por foco a dignidade da pessoa humana.

A autoridade policial é primeira a ter poder decisório diante de um conduzido em caso de flagrante delito. Assim, faz análise do fato, aplica o direito e decide sobre a liberdade do detido.

Nessa toada, investigar a possibilidade da polícia judiciária aplicar a teoria da imputação objetiva, que se insere no contexto do fato típico, está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, já que ao detido, acaso reconhecida a ação sob a guarida da teoria em comento, deve ser reservada a liberdade de forma imediata, podendo tal direito ser conferido pela própria autoridade de polícia judiciária.

É de curial sabença que a espera de interregno de tempo entre a prisão em flagrante (e o conseqüente recolhimento ao cárcere) e a futura liberdade que eventualmente pode ser concedida ao preso pelo júizo, ainda que por um só dia, figura como uma flagrante tortura, uma lástima da clausura que o Estado não tem o direito de subsidiar quando reconhecida a atipicidade de uma conduta.

Sublinhe-se que foi objeto de estudo a denominada VPI (verificação de procedência das informações), procedimento no qual a polícia judiciária pode valer-se para, ao invés de instaurar um inquérito policial, realizar diligências no sentido de apurar a existência ou não de um crime. Estudar referido instituto teve por fito cogitar

a possibilidade de sua utilização nos casos em que seja possível à autoridade de polícia judiciária aplicar a teoria da imputação objetiva nos fatos envolvendo o flagrante delito.

Também figurou como objeto de estudos o método entimemático estruturado sob as lentes da obra do Professor Cláudio Brandão e, na sequência, aferida a viabilidade de sua aplicação na fase pré-processual.

Assim, tendo por norte arregimentar substrato técnico suficiente para pesquisar a viabilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da polícia judiciária, em especial nos casos de flagrante delito, foi objeto de estudos o primeiro axioma de Luigi Ferrajoli intitulado *Nulla poena sine crimine* (FERRAJOLI, [1989]/2002) já que, acaso constatada a possibilidade da polícia judiciária aplicar a teoria da imputação objetiva e, por consectário, ser reconhecida a atipicidade do fato, sequer crime teria ocorrido, o que impediria, por consequência, o recolhimento ao cárcere daquele que é acusado de fato atípico.

Não se pretende com este trabalho esgotar o conteúdo objeto dos estudos, tratando-se de provocação elucidativa, com argumentos de ambos os lados, visando alimentar as discussões para que, além de encerrar uma pesquisa técnica, seja um substrato que se alinhe a outros posicionamentos em favor da dignidade daqueles submetidos, injustamente, à sanha encarceradora de muitos operadores do direito penal.

Busca-se, com a presente pesquisa, um estudo dogmático de aplicabilidade prática, numa tentativa de se atingir não apenas o aspecto teórico, mas também fatos reais de alta relevância cuja aplicação ultrapassa meras conjecturas de formatação de poder, protagonizados pelas autoridades públicas, para conferir reais garantias àqueles que são acusados de crime e podem ser libertos antecipadamente em decorrência do reconhecimento da atipicidade de suas condutas.

A conclusão, como consectário do desenvolvimento dos capítulos deste trabalho, terá por escopo consumir as pretensões objetivadas em consonância com os ditames da pesquisa científica, fazendo-se todo um apanhado dos estudos encerrados no contexto da proposta e trazendo à lume, ainda que sujeita a equívocos eventualmente cometidos, o arremate sobre a viabilidade técnica da aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da polícia judiciária.

2 O FATO TÍPICO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS

O fato típico, em linhas gerais, representa o fato humano que se subsume ao modelo descrito pela norma penal, ao qual se comina sanção, tratando-se de conduta que viola o bem jurídico¹ tutelado pelo Direito Penal.

Por fato atípico considera-se, ao revés, o fato humano que não encontra correspondência precisa no preceito primário de norma penal incriminadora, escapando, pois, das sendas do direito penal qualquer conduta que não satisfaça os requisitos de subsunção necessários para considerar um fato ajustado aos ditames descritos em regras jurídico-penais sancionatórias.

Visando melhor compreender o fato típico, seus elementos essenciais devem ser devidamente alinhavados e explicados, com destaque para os crimes materiais, discorrendo-se sobre a conduta, o resultado naturalístico, a relação de causalidade e a tipicidade.

Antes, porém, de destrinçar os elementos do fato típico, razoável traçar breves considerações sobre a teoria do crime, da qual o fato típico é, necessariamente, um de seus objetos de estudo, mencionando-se a estratificação apresentada pela doutrina visando enxergar a infração penal de forma analítica para melhor compreensão do fenômeno criminoso.

Ademais, neste capítulo introdutório ao tema serão destacados os elementos do fato típico de forma abrangente, conferindo ênfase à relação de causalidade em decorrência do foco do trabalho direcionado à teoria da imputação objetiva explanando-se, ainda, sobre o nexa causal.

2.1 A teoria do crime e sua necessária estratificação

A teoria do crime tem por fim trazer à baila explicações sobre o que se entende por infração penal e apresenta, por consectário, as balizas necessárias para se aferir o que é ou não tido por crime ou contravenção.

¹ Cláudio Brandão (2019) destaca que “O conceito de bem jurídico foi formulado no século XIX por Birnbaum e Binding. Esse conceito surgiu como uma forma de limitar o poder penal do Estado. Quando se afirma que o crime era uma violação ao bem jurídico, expurgavam-se do Direito Penal as meras violações à moral ou às leis religiosas.” (BRANDÃO, 2019, p. 38-39) Prossegue o autor afirmando que “[...] o bem jurídico pode ser definido como o conteúdo material do crime, traduzido no valor tutelado pelo direito.” (BRANDÃO, 2019, p. 49).

Cabe ressaltar que o Brasil adotou o critério legal de crime e de contravenção penal, trazendo ambas as definições no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal² e fixando, portanto, uma concepção dicotômica de infração penal baseada na gravidade da sanção.

Desta feita, infração penal é gênero cujas espécies são, de um lado, crime ou delito, e de outro as contravenções penais. Resta observar ainda que, para fins penais, os termos crime e delito se equivalem no âmbito do direito brasileiro, não obstante até mesmo a Constituição Federal ou legislação ordinária³ utilizem referidas denominações de forma indistinta como significado de infração penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2002), com peculiar distinção, afirmam que a teoria do crime, por eles chamada de teoria do delito, tem por fim “explicar o que é o delito em geral” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 383), afirmando que a explicação

[...] não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente, atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 383).

Importante destacar que o conceito de crime pode ter por definição o aspecto material, formal e analítico.

Pelo conceito material entende-se que crime é toda conduta humana (ação ou omissão) que lesa ou expõe a perigo de lesão bem jurídico tutelado pela lei penal. Já o conceito tido por formal entende que crime é toda conduta proibida pela lei sob a ameaça de pena.

Por conceito analítico ou dogmático a que, doravante, nos deteremos de forma mais aprofundada, o crime é entendido através dos seus elementos estruturais, podendo ser considerado um fato típico, ilícito e culpável, adotando-se um conceito tripartite, ou mesmo um fato típico e ilícito, figurando a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena.

² De acordo com o art. 1º do Decreto-lei 3.914 de 09 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal), “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

³ Mencione-se, como exemplos, a o art. 5º, incisos XI, XLVIII e LXI da Constituição Federal e os artigos 283, 300, 301, 302, 303, 339, 340, inciso III, 492, §2º, 698, §1º, todos do Código de Processo Penal.

Há, ainda, quem considere o crime como fato típico, ilícito, culpável e punível, tratando-se do conceito quadripartite, tendo como adepto Francisco Muñoz Conde.⁴ Esta posição é minoritária, já que a punibilidade seria consequência da prática do crime e não seu elemento.

Adotando o conceito tripartite de crime, a infração penal em si, sob a lente de um observador de certa conduta humana geradora de um resultado supostamente típico, antijurídico e culpável, é um fato único, um acontecer derradeiro, um conto fático que passa a ser avaliado de forma fracionada sob o ponto de vista teórico.

Assim, a análise deste acontecer no mundo dos fatos deve ser aferida no âmbito do direito penal, precisamente sob as vestes da teoria do crime, que percorrerá as nuances jurídicas visando aclarar a existência ou não de situação violadora da norma penal em todos os seus plexos. Daí a importância de se estratificar a teoria do delito, expondo Zaffaroni e Pierangeli (2002) que

Não conseguiremos nada se pretendermos resolver tudo com uma única resposta a uma única pergunta (há delito?). Daí que as perguntas tenham que ser a consequência de uma análise em que seja imperioso proceder por passos sucessivos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 384-385).

Cabe ressaltar que a estratificação da infração penal para aferição de sua existência não representa a cisão esquemática do crime ou da contravenção penal em si, mas tão somente a ciência da sua existência por intermédio da análise dos fatos. Nesse sentido, afirma Zaffaroni e Pierangeli que “O que haveremos de enunciar serão suas características analiticamente obtidas, formando diversos planos, níveis ou estratos conceituais, mas o delito é uma unidade e não uma soma de ‘componentes’.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 387).

O entendimento acerca da existência ou não de uma infração penal perpassa, portanto, por uma necessária estratificação de caráter lógico-sistemático a fim de se apontar, de forma mais segura, acerca da existência ou não de um crime ou contravenção penal.

Como se antevê, a existência de infração penal no plano estratificado depende da concatenação de subespécies dogmáticas nominadas de fato típico, antijurídico e culpável, às quais, invariavelmente, serão compostas de subitens de

⁴ Rogério Greco (2016) menciona Francisco Muñoz Conde como sendo adepto à teoria quadripartida do delito (GRECO, 2016, p. 832).

observância necessária para a conclusão do fato objeto de investigação teórica e prática a fim de se constatar a existência do crime ou da contravenção penal.

Desta feita, a esta estratificação apontada em que o crime é tido por fato típico, antijurídico e culpável, a doutrina entende tratar-se do conceito analítico de crime, que nas palavras de Cézar Roberto Bitencourt (2011) “Esse conceito analítico de crime continua sendo sustentado em todo o continente europeu, por finalistas e não finalistas.” (BITENCOURT, 2011, p. 252).

2.2 O conceito de conduta e de resultado para fins penais

2.2.1 A conduta

A conduta e o resultado são elementos necessários para a aferição da existência de um fato típico nos casos de crimes materiais, ao que se acresce como elementos integrantes a relação de causalidade e a tipicidade.

Em linhas gerais, a conduta precisa ter seu conceito delineado de maneira mais contundente possível, já que sua análise é a primeira e essencial para se perscrutar sobre a existência ou não de uma infração penal, afinal não há crime ou contravenção penal sem conduta.

Várias teorias tentaram explicar o que se entende por conduta,⁵ com destaque para as principais nominadas de causalista (causal, naturalística, mecanicista ou clássica); finalista (ou final); social e funcionalista.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2002), “A dogmática do delito dos primeiros anos do século XX tinha uma marca impositiva: o injusto era considerado objetivo e a culpabilidade era considerada psicologicamente.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 395).

Assim, como reflexo imediato da teoria causal capitaneada por Franz von Liszt e por Ernst von Beling, a ação representava um movimento humano voluntário que causava modificação no mundo exterior. Conforme exata reprodução dos termos da tradução do Tratado de Direito Penal Alemão, feita por José Hygino Duarte Pereira, von Liszt [1881]/(2006) afirmava que:

⁵ Cláudio Brandão (2000) afirma que “[...] conduta humana são a ação e a omissão. Muitas vezes, toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, o que ao nosso ver está correto. Isso se dá porque o termo ação envolve a comissão, que se identifica com a ação positiva, e a omissão, que se identifica com a ação negativa.” (BRANDÃO, 2000, p. 89).

Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não ha acção, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*. (LISZT, 2006, p.193).

Cabe ressaltar que Beling não alterou o esquema analítico objetivo-subjetivo que marca o sistema clássico de Liszt, mas “[...] distinguia, dentro do injusto objetivo, a tipicidade da antijuridicidade.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 396).⁶

Ainda na teoria causal, Zaffaroni e Pierangeli (2002) afirmam que Gustav Radbruch conseguiu justificar a vontade sem conteúdo valendo-se de uma ajuda neokantiana, aduzindo que “[...] o direito penal criava uma conduta voluntária sem conteúdo, como que permitia que o conteúdo seguisse localizado na culpabilidade.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 396).⁷

Importante destacar que na teoria causal o dolo e a culpa se alojam na culpabilidade, situação que obriga os clássicos a adotarem o critério tripartite de crime, em visão analítica, já que, ao revés, teriam que assumir a nefasta responsabilidade objetiva no direito penal, o que seria inconcebível.

Referido conceito de ação meramente física, no âmbito da teoria causal, foi objeto de várias críticas, conforme destaca Rogério Greco (2016) ao aduzir que

A concepção clássica recebeu inúmeras críticas no que diz respeito ao conceito de ação por ela proposto, puramente natural, uma vez que embora conseguisse explicar a ação em sentido estrito, não conseguia solucionar o problema da omissão. (GRECO, 2016, p. 250).

Brandão (2019) afirma que a teoria causalista, oriunda das ciências naturais, procura “[...] simplesmente explicá-la, ao invés de compreendê-la.” (BRANDÃO, 2019, p. 75), sendo que tal “[...] não serve para investigar as ciências do homem, que tem um ato gnosiológico apropriado: a compreensão.” (BRANDÃO, 2019, p. 75).

⁶ Zaffaroni e Pierangeli, ao se referirem a Beling (que propõe a independência do tipo dentro do injusto objetivo) afirmam que “Deste modo, a proibição era a de causar o resultado típico, e a antijuridicidade era o choque da causação deste resultado com a ordem jurídica, que se comprovava com a ausência de qualquer permissão para causar o resultado.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 396, 2002).

⁷ Conforme relembra Zaffaroni e Pierangeli, Gustav Radbruch “[...] foi artífice da teoria da criação da conduta pelo direito.”, não obstante este, ao fim de sua vida, tivesse denunciado o positivismo jurídico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 324-325, 2002).

Diante deste cenário, no final da década de 1920 as críticas à concepção mecanicista da conduta ganharam corpo, já que “Percebeu-se que era incoerente julgar um ato como contrário ao direito, sem atender ao conteúdo da vontade com que esse ato se realizava.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 398), sendo que estes mesmos autores afirmam que Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna “[...] incorporaram este conceito ao tipo, transformando a culpabilidade em reprovabilidade pura, e incorporando o dolo e a culpa ao tipo como estruturas típicas diferentes.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 399).

Reconhece-se, porém, que a partir da década de 30 do século XX, Hans Welzel aperfeiçoou o conceito de conduta nos termos do finalismo, segundo o qual a conduta representa um comportamento humano voluntário que se dirige a uma finalidade. Tal afirmação teórica permitiu o deslocamento do dolo e da culpa para a conduta e, por consectário, para o fato típico. Nesse sentido, Welzel afirma que a causalidade é cega, enquanto a finalidade pressupõe direcionamento.⁸

Os adeptos da teoria finalista, portanto, podem adotar tanto uma concepção bipartite quanto tripartite de crime, analisado em seu conceito analítico, já que a culpabilidade se encontra esvaziada do dolo e da culpa mantendo-se, porém, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

A doutrina atual, em sua maioria, adota o finalismo como teoria da conduta e o Código Penal Brasileiro vigente, com sua parte geral inovada pela Lei 7.209/84, parece também ter adotado referida teoria, mencionando-se o art. 20, caput, do estatuto repressivo, o qual aduz que “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Evidencia-se, por intermédio deste dispositivo, que se a ausência do dolo conduz à

⁸ Nas palavras de Welzel (1976), “Não são causas cegas, como nas conexões associativas, que determinam as instâncias do pensamento, mas se determina de acordo com o conteúdo lógico-objetivo do estado das coisas que estão à sua frente. A maneira de executar os atos do pensamento revela, portanto, com a máxima clareza, a forma fundamental da realização dos atos finais: enquanto na causalidade o efeito é o cego resultante (indiferente ao significado) dos componentes causais existentes naquele momento, no final o objetivo determina as etapas que levam a ele.” (WELZEL, 1976, p. 208, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “No son causas ciegas, como en las conexiones asociativas, las que determinan las instancias del pensamiento, sino que se determina a si mismo según el contenido lógico-objetivo del estado de cosas que está frente a él. La forma de ejecución de los actos del pensamiento revela, por eso, con la máxima claridad, la forma fundamental de la realización de los actos finales: mientras que en la causalidad el efecto es la resultante ciega (indiferente a sentido) de los componentes causales existentes en aquel momento, en la finalidad el fin determina los pasos que a él conduceu.” (WELZEL, 1976, p. 208).

atipicidade da conduta, o consectário lógico é que a vontade é dirigida por este elemento subjetivo, não aferível, portanto, na culpabilidade.

Algumas críticas foram direcionadas ao finalismo, dentre as quais a afirmação de que nos crimes culposos não há marca da conduta voluntária dirigida a um fim qualquer. Ao revés, porém, sustentou-se que nos crimes culposos esta vontade existe diante da escolha dos meios, sejam negligentes, imprudentes ou imperitos, para se atingir o fim objetivado.⁹

Já a teoria social da ação, em que se destacam como partidários Johannes Wessels e Hans-Heinrich Jescheck,¹⁰ a conduta humana deve ter transcendência social. Assim, conduta para esta teoria deve ter o condão de afetar o âmbito social no qual o agente encontra-se inserido, deve possuir relevância social. As críticas a esta teoria social centram-se na largueza do conceito de relevância ou transcendência social, já que pode abarcar toda e qualquer situação que abranja o âmbito social, não obstante o próprio Jescheck tenha afirmado que estão excluídas as formas de comportamento que não interessam ao direito penal.¹¹

Saliente-se, ademais, que não obstante seja partidário da referida teoria social da ação, Wessels parece não preterir as teorias finalista e causalista ao afirmar que

[...] o conceito de ação, comum a todas as formas de comportamento, reside na relevância social da ação ou omissão. Interpreta a ação como

⁹ Nesse sentido afirma Rogério Greco (2016) que “O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser *ilícita* (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou *lícita* (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal).” (GRECO, 2016, p. 251).

¹⁰ Jescheck afirma, nesse sentido, que “[...] ação é, de acordo com isso, comportamento humano socialmente relevante.” (JESCHECK, 1981, p. 296, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “[...] acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante.”

¹¹ Afirma Jescheck (1981) que “O conceito social de ação abrange, assim, todas as formas de comportamento humano que são relevantes para o juízo de imputação. Ele também contém os perfis de uma definição não apenas abstrata, mas descreve especificamente o modo de ser da ação, permitindo, no entanto, sua subsequente determinação através dos elementos gerais do crime de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sem, portanto, antecipá-los. Finalmente, como será visto adiante, exclui aquelas formas de comportamento que não têm qualquer significado para o Direito Penal.” (JESCHECK, p. 297, 1981, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “El concepto social de acción abarca, así a todas las formas de comportamiento humano que resultan de algún modo relevantes en orden al juicio de imputación. Contiene, además, los perfiles de una definición no sólo abstracta, sino que describe de forma concreta el modo de ser de la acción, permitiendo, sin embargo, su ulterior determinación a través de los elementos generales del delito de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sin, por ello, anticiparlos. Finalmente, como en seguida ha de verse, excluye aquellas formas de comportamiento que carecen de toda significación para el Derecho Penal.” (JESCHECK, p. 297, 1981).

fator estruturante, de acordo com o significado da realidade social, com todos os seus aspectos pessoais, finalistas, causais e normativos. (WESSELS, 1980, p. 23-24, tradução nossa).¹²

Por fim, a teoria funcionalista da ação “[...] interpreta a ação de acordo com os fins da pena e do Direito Penal.” (BRANDÃO, 2019, p. 73). Trata-se de teoria normativa que considera ser o conceito de ação “[...] obtido à luz das normas jurídicas.” (BRANDÃO, 2019, p. 73).

Importante destacar que enquanto o funcionalismo considera a ação um conceito normativo, com enfoque na política criminal, o finalismo a entende como um conceito pré-jurídico. Brandão critica referida teoria funcionalista por “[...] relegar a ação a um plano secundário na teoria do delito e esvaziá-la na função de elo entre os elementos do crime, que os harmoniza e sistematiza.” (BRANDÃO, 2019, p. 75).

Não obstante as críticas à teoria finalista, necessário reconhecer sua importância e recepção majoritária no meio jurídico-penal.

Ademais, resta aclarar que há duas formas de conduta, quais sejam: a ação, que consiste em um fazer; e a omissão, caracterizada pelo não fazer, tratando-se de fatos relevantes para o direito penal.¹³ Nesta seara é latente que excluem da conduta o caso fortuito e a força maior; os atos ou movimentos reflexos; a coação física irresistível; o sonambulismo e a hipnose.

2.2.2 O resultado como elemento do fato típico

Tem-se por resultado, nos crimes materiais, o consectário lógico da conduta perpetrada pelo agente em situação que causa uma modificação no mundo exterior. A consumação deste tipo de crime, portanto, deve ter um resultado naturalístico.

Cabe salientar que há crimes que não expressam resultado naturalístico bastando, nesses casos, quando analisado o cerne do fato típico, que o agente realize a conduta e satisfaça o elemento tipicidade, descabendo, até por que

¹² [...] el concepto de la acción, común a todas las formas de conducta, reside en la relevancia social de la acción o de la omisión. Interpreta la acción como factor estructurante conforme al sentido, de la realidad social con todos sus aspectos personales, finalistas, causales y normativos.

¹³ Brandão (2019) ensina que “O primeiro penalista hegeliano que inseriu a ação na teoria do delito foi Albert Friedrich Berner, na primeira edição do seu Tratado de Direito Penal Alemão, de 1857. A ação, para o autor, vem tratada logo na definição do crime, sendo a citada ação o conceito através do qual se exterioriza a vontade moral, o dolo, noção que faz com que a ação seja tomada pelo seu gênero, nomeadamente a conduta, o que faz com que se compreenda nela também o conceito de omissão.” (BRANDÃO, 2019, p. 61).

inexistente ou irrelevante, a análise do nexo de causalidade. Mencione-se a exemplo os crimes de mera conduta e os crimes formais, sendo no primeiro caso inexistente o resultado e, no segundo, embora previsto, o resultado é irrelevante para a consumação.¹⁴

Importante ressaltar que todo crime possui resultado jurídico ou normativo, caracterizando-se pelo fato de que a violação da lei penal é resultante da lesão ou exposição a perigo de lesão de bem jurídico tutelado. Já o resultado naturalístico é a transformação do mundo exterior decorrente da conduta, relevante tão somente nos crimes materiais consumados.

Nesse sentido afirma Rogério Grego (2016), ao aduzir que “Embora nem todos os crimes produzam um resultado naturalístico, todos, entretanto, produzem um resultado jurídico, que pode ser conceituado como a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado pela lei penal.” (GRECO, 2016, p. 324).

2.3 Relação de causalidade

A relação de causalidade, elemento do fato típico nos crimes materiais, define-se como o vínculo que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ele produzido. Dispõe o art. 13 do Código Penal que “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Nas palavras de Hans Welzel (1956), “Causa é toda condição que, mentalmente suprimida, faça com que o resultado (na forma concreta) não ocorra.” (WELZEL, 1956, p. 49, tradução nossa).¹⁵ Em relação à omissão, Welzel afirma que “Uma omissão é causal se a ação omitida for adicionada mentalmente, o resultado será suprimido.” (WELZEL, 1956, p. 49, tradução nossa).¹⁶

Cláudio Brandão (2019) afirma que “A função do nexo de causalidade é, portanto, identificar quem deve ser considerado autor do resultado de dano ou de

¹⁴ Nos crimes formais, também denominados de resultado cortado ou de consumação antecipada, há previsão de resultado naturalístico, porém a consumação do crime independe deste resultado, bastando a conduta. Como exemplo temos o crime de extorsão mediante sequestro. Já nos crimes de mera conduta ou de simples atividade há apenas descrição da conduta pelo tipo penal, inexistindo resultado naturalístico, como ocorre, por exemplo, no crime de ato obsceno.

¹⁵ Causa é toda condición que, suprimida mentalmente, tiene por efecto que el resultado (em forma concreta) no se produzca.

¹⁶ Una omisión es causal, si agregada mentalmente la acción omitida, el resultado se suprime.

perigo ao bem jurídico, isto é, quem deve ser considerado autor do resultado penalmente relevante.” (BRANDÃO, 2019, p. 98).

O estudo da relação de causalidade tem pertinência, para a maioria da doutrina, tão somente para os crimes materiais já que, conforme apontado, nos crimes formais e nos crimes de mera conduta os elementos suficientes à configuração do fato típico atêm-se à conduta e à tipicidade.

Não obstante, há autores que entendem ter sido a opção do legislador, ao tratar do art. 13 do Código Penal, atribuir não exclusivamente o resultado material à concepção de relação de causalidade mas, ao revés, incluir todo e qualquer crime, já que o resultado aventado na lei penal seria jurídico ou normativo, e não material.

Afirma Rogério Greco (2016) que

[...] levando a efeito uma análise mais detida da Parte Especial do nosso Código Penal e, principalmente, das disposições relativas à posição de garantidor, constantes do §2º do art. 13 do diploma repressivo, [...] modificamos nosso entendimento [...] o resultado mencionado pelo art. 13 do Código Penal deverá ser entendido como o jurídico, e não o meramente naturalístico. Na verdade, qualquer resultado, seja ele naturalístico (compreendido no sentido proposto pelos delitos materiais, ou seja, como o de modificação no mundo exterior, perceptível pelos sentidos, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e dano), ou jurídico (significando a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal), poderá figurar no raciocínio relativo à relação de causalidade, o que não impedirá, por exemplo, que um agente garantidor seja responsabilizado por uma infração penal de perigo, conforme veremos quando do estudo da Parte Especial do Código Penal. (GRECO, p. 325, 2016).

Já Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2002) afirmam que toda conduta possui resultado material, destacando que “Toda conduta tem uma manifestação no mundo físico; esta manifestação no mundo físico é uma alteração que se opera nele.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 470), exemplificando tal assertiva dizendo que “[...] antes de falar, as ondas não haviam transmitido meus sons e não haviam provocado uma reação no tecido nervoso do ouvinte; antes de sentar-se não se havia deslocado uma certa massa de ar que agora ocupa um outro lugar.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 470).¹⁷

A relação de causalidade ancora-se em três teorias de relevo, cada qual centrada em um tipo de substrato próprio, tratando-se da teoria da equivalência dos

¹⁷ Zaffaroni e Pierangelli (2002) aduzem que “[...] o resultado é um iniludível fenômeno físico, que acompanha a conduta [...]” e “[...] costuma-se chamá-lo resultado material, para distingui-lo da lesão do bem jurídico, a que alguns – a nosso juízo confusamente – chamam ‘resultado jurídico’.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 470).

antecedentes causais, da teoria da causalidade adequada e da teoria da relevância jurídica. Discute-se sobre a natureza jurídica da teoria da imputação objetiva, em especial se tal encontra-se ancorada na relação de causalidade, como uma teoria do nexos, ou se se refere a uma teoria da imputação, que limita a causalidade. Resguarda-se para capítulo próprio deste trabalho as notas que melhor clareiam esse impasse.

2.3.1 Principais teorias da relação de causalidade

Conforme disposto no tópico anterior, a doutrina majoritária apresenta três teorias que se destacam no intuito de explicar a relação de causalidade, quais sejam: teoria da equivalência dos antecedentes causais, conhecida também por *conditio sine qua non*; teoria da causalidade adequada; e teoria da relevância jurídica.

Desta forma, serão feitos breves apontamentos sobre as teorias em comento visando descrever suas principais características no âmbito do direito penal.

2.3.1.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida por teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora e, ainda, como teoria da *conditio sine qua non*, foi criada por Maximilian von Buri no ano 1860¹⁸ inspirada nas ciências naturais. Há quem defenda que referida teoria teve origem filosófica com Julius Glaser,¹⁹ que argumentou sobre o processo hipotético de eliminação comumente conhecido como o método de Thyrén²⁰ e, junto a isso, recebeu inúmeras críticas sobre o possível *regressus ad infinitum*.

¹⁸ Para Reinhart Maurach, o estudo da teoria da *conditio sine qua non* foi iniciado por Julius Glaser no ano de 1858, na Áustria, cabendo a Von Buri tão somente sua introdução na Alemanha (MAURACH, 1962, p. 229). No mesmo sentido afirma Johannes Wessels (WESSELS, 1980, p. 52) e Cláudio Brandão (BRANDÃO, 2019, p. 99).

¹⁹ De acordo com Juarez Tavares (2003, p. 257) em sua obra Teoria do Injusto Penal, a teoria da equivalência das condições foi desenvolvida no ano de 1858 por Julius Glaser, um processualista austríaco, e depois remodelada por Von Buri.

²⁰ Conforme Ronan Rocha, o procedimento hipotético de eliminação é atribuído a Glaser e não a Thyrén. Afirma que “[...] o próprio Glaser esclareceu como deveria ser realizado o raciocínio mental para aferição do nexos causal.” (ROCHA, 2016, p. 84).

Referida teoria não faz distinção entre condição e causa, ou seja, qualquer evento que interfira no resultado é sua causa por ser imprescindível ao próprio resultado.

A reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, promovida no ano de 1984, trouxe elementos que conduzem à adoção, como regra, da teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Assim, de acordo com a segunda parte do art. 13 do Código Penal, que para maioria da doutrina retrata a teoria em comento, “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Segundo Cézar Roberto Bitencourt (2011), a teoria da *conditio sine qua non*

É uma teoria que não distingue como prevalente ou preponderante nenhum dos diversos antecedentes causais de um determinado resultado. Todo fator – seja ou não atividade humana – que contribui, de alguma forma, para a ocorrência do evento é causa desse evento. Causa, para essa teoria, é a soma de todas as condições, consideradas em seu conjunto, produtoras de um resultado. (BITENCOURT, 2011, p. 289).

Conforme Maurach (1962):

A causa do evento será determinada exclusivamente pela distorção do resultado. Não será feita uma distinção entre "causas" e "condições" do resultado típico ("equivalência" como causas e condições): causa do resultado é qualquer condição que não pode ser suprimida (em um "processo hipotético de eliminação") sem que, ao mesmo tempo, o resultado em sua configuração específica também seja excluído. (MAURACH, 1962, p. 229, tradução nossa).²¹

Desta feita, de acordo com a teoria da equivalência, não há distinção entre causa e condição ou entre causa e concausa, de forma tal que quaisquer antecedentes que eventualmente tenham contribuído para o resultado será tido como causa.

No que tange à regressão em busca das causas do resultado, a principal crítica à referida teoria refere-se à existência de inevitável retrocesso *ad infinitum*, já que “[...] é possível buscar a causa da causa.” (BRANDÃO, 2019, p. 100).

²¹ La causa del evento se averiguará exclusivamente devanándola a partir del resultado. No se distinguirá entre ‘causas’ y ‘condiciones’ del resultado típico (‘equivalencia’ pues de causas y condiciones): causa del resultado es toda condición que no puede ser suprimida (en un ‘proceso hipotético de eliminación’) sin que, a la vez, quede excluido también el resultado en su configuración concreta.

Zaffaroni e Pierangeli (2002) afirmam que este retorno das causas encontra limites no tipo subjetivo, ou seja, no dolo ou na culpa. Nesse sentido os autores afirmam que “[...] a relevância penal da causalidade encontra-se limitada, dentro da própria categoria do tipo, pelo tipo subjetivo, isto é, pelo querer do resultado.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 472). No mesmo sentido afirma Cláudio Brandão (2019), segundo o qual “[...] limita-se a fórmula através do elemento subjetivo do tipo.” (BRANDÃO, 2019, p. 101).

Ademais, para se considerar um fato como causa do resultado, importante método foi criado pelo professor sueco Thyrén,²² denominado processo hipotético de eliminação, segundo o qual, nas palavras de Rogério Greco (2016), “[...] é preciso que façamos um exercício mental da seguinte maneira” (GRECO, 2016, p. 328):

- 1º) temos de pensar no fato que entendemos como influenciador do resultado;
- 2º) devemos suprimir mentalmente esse fato da cadeia causal;
- 3º) se, como consequência dessa supressão mental, o resultado vier a se modificar, é sinal de que o fato suprimido mentalmente deve ser considerado como causa deste resultado. (GRECO, 2016, p. 328).

Desta feita, para se aferir se alguma das condições é causa do resultado, utiliza-se a fórmula de eliminação hipotética acima delineada que, porém, encontra obstáculos, apontados pelos críticos, referente à autoria colateral. Juarez Tavares (2003) exemplifica com a seguinte situação:

A e B, independentemente um do outro, ministram a C, no mesmo instante, uma dose igual de veneno, de modo que cada uma dessas doses é suficiente para matá-lo. Neste caso, tanto a ação de A, quanto a ação de B, são causas da morte. Se fôssemos aplicar aqui a fórmula da eliminação hipotética, teríamos uma solução contraditória, porque, se eliminarmos a ação de A, o resultado morte permanece; se eliminarmos a ação de B, o resultado ainda permanece, o que levaria ao absurdo de um veneno ser causa. (TAVARES, 2003, p. 259).

Conclui Tavares (2003) afirmando ser necessário fazer um reparo nesta hipótese aventada, segundo o qual sendo constatado, conforme exemplo de causalidade alternativa,²³ que uma das doses do veneno teria causado a morte, mas

²² Conforme já apontado na nota anterior, há quem considere que o processo hipotético de eliminação foi criado por Julius Glaser e não por Thyrén.

²³ De acordo com D’ávila (2001), a causalidade alternativa “[...] diz respeito ao caso em que dois ou mais agentes realizam condutas independentes, as quais, mesmo individualmente, seriam capazes de provocar o resultado lesivo.” (D’ÁVILA, 2001, p. 30).

não se sabendo se fora de A ou de B, deve ser aplicada a máxima *in dubio pro reo*, respondendo cada qual por homicídio tentado (TAVARES, 2003, p. 259).

Outro exemplo trazido por Tavares (2003) ao tratar das críticas à causalidade refere-se aos processos causais hipotéticos,²⁴ assim descrevendo:

A entrega a B um chicote para que este castigue fisicamente C. Mesmo que se comprove que o chicote seria entregue a B de qualquer forma por D, A será causador da lesão corporal em C. Aqui, a fórmula da eliminação hipotética pode não funcionar, porque mesmo sendo eliminada a ação de A, o resultado ocorreria, mas de outra forma. Esta hipótese, contudo, não elimina a causalidade posta em curso pela ação de A, porque o decisivo é orientar-se pelo resultado concreto realmente ocorrido e não pelo resultado que iria ocorrer. (TAVARES, 2003, p. 263).

Ademais, em relação aos crimes omissivos próprios e aos crimes de mera conduta, não se aplica a teoria da equivalência das condições em razão da ausência de nexos de causalidade, afinal não há resultado naturalístico. A mesma conclusão se chega em relação aos crimes formais, cuja consumação decorre da conduta do agente, independentemente do resultado, não havendo relevância do nexo causal para o direito penal nesses tipos de crime. Entretanto, como será observado adiante, tratando da concepção extensiva da imputação objetiva, segundo a qual a teoria é aplicável a todos os tipos de delito (JESUS, 2013, p. 322), e adotando o conceito de que todo delito é uma manifestação do mundo físico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 470), seria possível cogitar a aplicação da teoria da imputação objetiva de forma indistinta a todos os crimes.

Importante destacar, ainda, que inexiste, de forma objetiva, nexo causal nos crimes omissivos impróprios, já que o 'não fazer' não gera resultado. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2013) ressalta que

[...] é incorreta a afirmação de que a omissão produziu o resultado, visto que no plano físico existem apenas ações. A estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. A causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado. (JESUS, 2013, p. 291).

²⁴ Fábio Roberto D'ávila afirma que causalidade hipotética "[...] diz respeito às hipóteses em que, na ausência da ação do agente, esta seria praticada por outrem, da mesma forma em que fora praticada pelo agente." (D'ÁVILA, 2001, p. 29).

Assim, por questões de política criminal, a norma jurídica estatuiu a relevância da omissão para fins penais, sendo tratada, no Brasil, no art. 13, § 2º, do Código Penal.²⁵

Cabe ressaltar, ademais, que a teoria da equivalência dos antecedentes é flexibilizada pela teoria da causalidade adequada, como será visto no próximo tópico, especialmente nos casos de superveniência de causa relativamente independente que por si só produzam o resultado. Isto porque, ao revés, aplicando-se a teoria da equivalência, o resultado seria atribuído de forma inadequada ao agente.

De toda forma, tem-se a teoria da *conditio sine qua non* como a principal teoria que explica a relação de causalidade, nos termos do art. 13, caput, do Código Penal.

2.3.1.2 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada, também conhecida por teoria da condição qualificada ou teoria individualizadora, tem como precursor o médico Johannes von Kries, sendo formulada no ano de 1886.²⁶ Há quem destaque a relevância dos estudos de von Bar para a teoria em comento,²⁷ já que o autor teria apresentado considerações iniciais sobre o tema. Trata-se de uma teoria que convive, em termos de complementação, com a teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Para a causalidade adequada, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado. Limita, pois, a causalidade natural. A aferição da causa adequada leva em consideração o juízo do homem médio, fazendo-se uma prognose póstuma objetiva. Assim, esta teoria considera que a causa é aquela capaz, pela experiência humana, de gerar o resultado. Nas palavras de Paulo José da Costa Júnior (1991):

²⁵ Código Penal: “Art. 13 [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

²⁶ Brandão (2019) afirma que “A Teoria da Causalidade Adequada foi criada no século XIX pelo médico friburguês Johannes von Kries, segundo o qual somente seria causal a conduta que possuísse uma tendência geral à provocação do resultado.” (BRANDÃO, 2019, p. 101).

²⁷ Ronan Rocha (2016) afirma que “A teoria da causalidade adequada ou da adequação remonta o pensamento de Ludwig von Bar, que, em 1871, numa monografia sobre a participação, tratou de restringir a problemática causal própria das ciências naturais e excluiu da causalidade jurídica tudo quanto não correspondesse às por ele chamadas ‘regras da vida’”. (ROCHA, 2016, p. 100).

Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística. Donde se conclui que a conduta adequada (humana e concreta) funda-se no *quod plerumque accidit*, excluindo acontecimentos extraordinários, fortuitos, excepcionais, anormais. Não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aquelas que, além de indispensáveis, sejam idôneas à causação do evento. (COSTA JÚNIOR, 1991, p. 61).

Zaffaroni e Pierangelli (2002) afirmam que, de acordo com a teoria da causalidade adequada,

[...] a ação só é tipicamente relevante quando corresponde ao verbo típico utilizado: nem fazer um leito, nem cortar uma árvore são condutas típicas de adultério. Claro está que isto não é um problema da causalidade, pois, contrariamente, embora seja um problema jurídico, a causalidade ainda que existente, não é juridicamente relevante. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 473).

Wessels (1980) critica a teoria da causalidade adequada afirmando que tal confunde causação com imputação e afirma que tal teoria nega a equivalência das condições. Assim afirma o penalista:

A fraqueza dogmática da teoria da adequação reside no fato de admitir o conflito contra a amplitude ilimitada da teoria da condição, no lugar errado: nega a relação causal quando apenas sua relevância fundamental da responsabilidade deve ser negada; confunde "causação" e "imputação" do resultado. (WESSELS, 1980, p. 57-58, tradução nossa).²⁸

Percebe-se, desta feita, que existe defesa doutrinária no sentido de que a teoria da causalidade adequada seja muito mais uma teoria da imputação, que limita a causalidade natural, do que uma teoria do nexo causal propriamente dita.

O Código Penal vale-se, excepcionalmente, da teoria da causalidade adequada quando trata das concausas, em especial ao se referir à superveniência de causa relativamente independente que, por si só, dá causa ao resultado.

Aplica-se a teoria da causalidade adequada, portanto, ao art. 13, §1º do estatuto repressivo, o qual dispõe que "Art. 13 [...] § 1º - A superveniência de causa

²⁸ La debilidad dogmática de la teoría de la adecuación reside en que admite el conflicto contra la amplitud ilimitada de la teoría de la condición, en lugar equivocado: niega la relación causal cuando sólo debe negarse, en realidad, su relevancia fundamentadora de la responsabilidad; confunde, pues, "causación" e "imputación" del resultado.

relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Desta feita, não obstante a existência de concausa preexistente, concomitante ou superveniente, tão somente é possível a aplicação da teoria da causalidade adequada à concausa superveniente e, ainda, apenas a que for relativamente independente e por si só produzir o resultado.

Em típico exemplo doutrinário, lembra-se do caso de pessoa alvejada por disparos de arma de fogo e que logo em seguida é socorrida ao hospital. Lá chegando, a vítima permanece internada, mas vem a falecer não em decorrência do tiro a que fora vítima, mas em razão de incêndio ocorrido no nosocômio que lhe ceifara a vida. Neste exemplo, a vítima só está no hospital em decorrência da conduta de alguém que disparou uma arma de fogo e a acertou um tiro. Porém, a causa da morte é superveniente, relativamente independente, e que por si só gerou o resultado, não podendo ser atribuída a morte ao atirador, que responderá pela tentativa de homicídio perpetrada.

2.3.1.3 Teoria da relevância jurídica

A teoria da relevância jurídica foi capitaneada por Edmund Mezger, tratando-se de uma forma de chegar a “[...] resultados desejáveis da teoria da adequação, mas com outros fundamentos teóricos.” (ROXIN, 2002, p. 28).

Claus Roxin, em obra intitulada ‘Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal’, afirma em relação ao juízo de relevância que:

Primeiramente, ele engloba dentro de si o juízo da adequação. Será irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, situado no momento da prática da ação. Só o objetivamente previsível é causa relevante de um resultado. Contudo, MEZGER vai um pouco além da teoria da adequação, ao trabalhar, simultaneamente, com um segundo critério: a *interpretação teleológica dos tipos*. Aqui não é possível enumerar nada genérico: será o *telos* específico de cada tipo da parte especial que dirá o que não pode mais ser considerado relevante. (ROXIN, 2002, p. 29).

Assim, conforme referida teoria, somente haverá relação de causalidade caso a conduta tenha sido relevante, no sentido de previsível, para a consecução do resultado. Rogério Greco (2016) menciona, como exemplo,

[...] daquele que joga um balde d'água em uma represa completamente cheia, fazendo com que se rompa o dique, não pode ser responsabilizado pela inundação, pois sua conduta não pode ser considerada relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no art. 254 do Código Penal. (GRECO, 2016, p. 326).

Conforme Juarez Tavares (2003, p. 270), a teoria da relevância incide sobre casos nos quais a causalidade resta duvidável sob o ponto de vista dos fins do direito, traçando as primeiras linhas de reflexão sobre a teoria da imputação objetiva do resultado.

Importante destacar que a teoria da relevância, ao contrário da teoria da adequação, separa a causalidade da relevância, sendo o primeiro um problema ontológico e o segundo normativo. Porém, conforme expõe Roxin (2002), “A falha de Mezger foi considerar tais pontos de vista interpretativos um problema exclusivamente de parte especial, deixando de desenvolver o que havia de universalmente válido em sua concepção.” (ROXIN, 2002, p. 28).

2.3.1.4 Teoria da imputação objetiva: trata-se de teoria do nexu causal?

A teoria da imputação objetiva, como será melhor delineada no próximo capítulo, tem por fundamento a limitação do alcance da denominada teoria da equivalência dos antecedentes causais, sendo aferida antes mesmo da análise do elemento subjetivo do tipo penal.

Desta feita, não obstante a pretensão limitadora da teoria da imputação objetiva, seu escopo encontra-se no bojo do fato típico, sendo aferidos seus pressupostos de imputação em paralelo com os elementos descritivos do tipo penal precedendo, pois, à avaliação do dolo ou da culpa.

Ante essas considerações, tratar a teoria da imputação objetiva quando do estudo da relação de causalidade não é vista como mais adequado, figurando como harmônico associá-la, topograficamente, ao estudo dos elementos normativos do

fato típico de forma a deixar evidente que, uma vez insatisfeitos os vetores característicos da aludida teoria (critérios normativos), há de se concluir pela inexistência de crime sem mesmo, sequer, avaliar-se o elemento subjetivo do delito.

Se o elemento subjetivo do tipo penal, consistente no dolo ou na culpa, encontra-se inserto na conduta; e se a relação de causalidade é justamente o vínculo desta conduta com o resultado, constatando-se que o fato fora praticado sem violação das vertentes da imputação objetiva a conclusão é pela inexistência do crime, por atipicidade.

Há quem afirme tratar-se a teoria da imputação objetiva de uma questão de avaliação jurídica da própria causalidade,²⁹ aferida através de elementos formais que apontam para a existência ou não de um fato típico.

A teoria da imputação objetiva, portanto, que teria por fim limitar a própria causalidade e sua mera aferição de causa e efeito possui mais consonância como sendo uma teoria da imputação ao invés de uma teoria do nexu causal.

A nosso sentir, portanto, a teoria da imputação objetiva não é uma teoria que explica o nexu causal. Refere-se, ao revés, a critérios normativos que figuram como elementos do fato típico, ao lado da conduta, do resultado, da relação de causalidade e da tipicidade, composto de vertentes de aferição cogente em caso de imputação de um fato delituoso a alguém.

Brandão (2019), ao lembrar Roxin, afirma que para o jurista alemão

[...] a causalidade é a forma normal de imputação de uma conduta à tipicidade objetiva (tipo objetivo), todavia existem situações nas quais mesmo se verificando o nexu de causalidade, não será realizado tal juízo de imputação, por que a teoria do risco representará um obstáculo à causalidade. (BRANDÃO, 2019, p. 106).

Assim, a causalidade física aferida pela equivalência dos antecedentes é necessária, mas insuficiente para que se atribua um resultado a alguém, situação que permite o ingresso da teoria da imputação objetiva para findar a conexão entre o autor da conduta e o resultado produzido.

2.4 Tipicidade

²⁹ Zaffaroni e Pierangeli (2002) afirmam que “[...] a relevância jurídica da causalidade é uma questão de avaliação jurídica da própria causalidade. Esta última é problema da imputação objetiva do resultado.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002, p. 474).

Inicialmente, cabe sobrelevar que tipo penal é o modelo de conduta previsto em lei e que o Estado elege como relevante visando a proteção de um determinado bem jurídico, cominando sanção penal em caso de sua violação. A descrição da conduta encontra-se prevista no preceito primário do tipo penal e a respectiva sanção é descrita no preceito secundário.

Nas palavras de Cláudio Brandão (2014),

A tipicidade e o tipo são institutos essencialmente unidos. A noção de tipicidade se constrói a partir da noção de tipo, pois ela é uma relação de subsunção, de adequação ao referido tipo. Portanto, a modificação nos elementos do tipo penal interfere diretamente no conceito de tipicidade. (BRANDÃO, 2014, p. 98)

Não obstante a maior parte da doutrina se posicione no sentido de conceber a Ernst von Beling, no ano de 1906, a definição atual de tipicidade, interessante e contundente a reflexão trazida por Cláudio Brandão (2014) ao aduzir que foi Max Ernst Mayer quem deu contorno ao que se entende por tipo objetivo.³⁰

A tipicidade é tradicionalmente classificada como sendo formal, material e, na concepção de Eugenio Raúl Zaffaroni, conglobante.

A tipicidade formal é o juízo de subsunção do fato à norma penal, ou seja, é a adequação de uma conduta da vida real ao preceito primário previsto na lei penal.

Já a tipicidade material representa a conduta realizada que ofende o bem jurídico protegido pela norma penal. Assim, neste conceito de tipicidade, não basta tão somente o juízo frígido da conduta e sua mera adequação ao tipo penal. Para que haja tipicidade, nesse contexto, a violação da lei penal pressupõe a afronta direta ao bem jurídico tutelado. Conforme assevera Masson (2017),

³⁰ Cláudio Brandão (2014) afirma que “Com efeito, diz-se que o contorno doutrinário do tipo objetivo adveio na teoria proposta por Beling. Não há rigor científico, contudo, nessa afirmação. Quando a tipicidade foi criada, na teorização originária proposta por Ernst von Beling, não fazia parte do tipo penal a ação, a tipicidade era uma pura descrição objetiva, não porque tinha como núcleo a realização de uma modificação perceptível no mundo exterior, mas porque era tida como uma moldura estanque, objetivamente construída. Foi por isto que a ação foi definida como um fantasma sem sangue, consoante apresentado anteriormente, visto que não integrava a função do tipo penal, o qual, como uma moldura, enquadrava o crime para possibilitar a resolução do conflito aparente de normas penais, a determinação da tentativa, e o que estivesse vinculado ao enquadramento legal do referido delito. Quando Max Ernst Mayer inseriu no tipo a ação, afirmando que ela integra a tipicidade, começou a ganhar contorno o que hoje se chama tipo objetivo.” (BRANDÃO, 2014, p. 99-100).

A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico. É o que se dá, a título ilustrativo, nas hipóteses de incidência do princípio da insignificância, nas quais, nada obstante a tipicidade formal, não se verifica a tipicidade material. (MASSON, 2017, p. 279).

A tipicidade conglobante foi criada por Eugenio Raúl Zaffaroni, sustentando o penalista que a tipicidade penal é o resultado da soma entre a tipicidade formal e a tipicidade conglobante. Para que haja tipicidade conglobante a conduta deve ter sido antinormativa. Nesse sentido destacam Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002):

A conglobação como operação determinante da lesividade é uma função claramente normativa, ou seja, um fato é típico não apenas quando atende às características particulares exigidas pelo respectivo tipo sistemático, mas também quando é antinormativo (ou seja, quando viola a norma que se deduz do tipo) e com ele lesiona o bem jurídico. Mas o alcance proibitivo dessa norma não surge apenas de sua consideração tal como é deduzido do tipo sistemático, mas também do fato de fazer parte de um universo de normas proibitivas e prescritivas que devem ser consideradas como uma ordem normativa. (ZAFFARONI, ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 484, tradução nossa).³¹

Cleber Masson (2017) afirma que o nome conglobante “[...] deriva da necessidade de que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico em geral, conglobado, e não apenas ao Direito Penal.” (MASSON, 2017, p. 282), e prossegue aduzindo que “[...] a tipicidade conglobante é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se afere separando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas do sistema jurídico.” (MASSON, 2017, p. 282).

Nesse sentido, para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 458 e 551) a situação que envolve o estrito cumprimento de dever legal não figura conduta antinormativa,³² já que tal feito é determinado pelo Estado, tratando-se de fato atípico sob o prisma da

³¹ La conglobación como operación determinante de la lesividad es una función claramente normativa, es decir que un pragma es típico no sólo cuando reúne los caracteres particulares exigidos por el respectivo tipo sistemático, sino también cuando es antinormativo (o sea, cuando viola la norma que se deduce del tipo) y con ello lesiona un bien jurídico. Pero el alcance prohibitivo de esa norma no emerge sólo de su consideración tal como se la deduce del tipo sistemático, sino también de que forma parte de un universo de normas prohibitivas y preceptivas que deben ser consideradas como un orden normativo.

³² De acordo com Cláudio Brandão (2014) “Toda conduta típica, ainda que seja justificada por uma excludente de ilicitude ou dirimida por uma causa de exclusão da culpabilidade, será *antinormativa*. Tal característica decorre do fato do tipo não se esgotar na matéria de proibição, mas abranger também o resultado; na tipicidade, pois, o desvalor da ação deve unir-se ao desvalor do resultado” (BRANDÃO, 2014, p. 235).

tipicidade conglobante.³³ Também seriam atípicas pelas lentes da tipicidade conglobante as condutas que envolvem o exercício regular de um direito em situações que são fomentadas pelo Estado, como nos casos de intervenções cirúrgicas, lesões desportivas e atividades perigosas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 556).

³³ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2002), “[...] o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um *corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 459).

3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

O presente capítulo tem por objetivo apresentar considerações sobre a teoria da imputação objetiva e seus elementos essenciais estudados pelos juristas Claus Roxin e Günter Jakobs.

Para tanto, será apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana, regente do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil, traçando suas principais características e delineado o seu máximo alcance como forma de demarcar a importância que suas diretrizes têm para o ordenamento jurídico-penal.

Os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social e da insignificância, todos correlacionados à ofensa ao bem jurídico para configuração da tipicidade de um crime, são apresentados de forma a trazer um arcabouço normativo de base principiológica que permita subsidiar a teoria em estudo.

Ainda, as principais características do causalismo, do finalismo e do funcionalismo serão apresentadas de maneira a permitir uma concatenação dos estudos, aclarar as distinções das teorias e correlacionar os temas ao objetivo pretendido na pesquisa.

Diante das bases que permitem arguir sobre a teoria da imputação objetiva, serão distinguidas as principais vertentes da aludida teoria e seus precursores, com enfoque nos trabalhos de Claus Roxin e, como contraponto, os escritos de Günter Jakobs.

3.1 Considerações iniciais sobre a imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva tem sido considerada como um “[...] complemento corretivo – e, em certas ocasiões, de superação – das diversas teorias causais.” (PRADO, 2010, p. 304).

De acordo com o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra imputar tem etimologia do latim *imputare*, que significa “1. atribuir (a alguém) responsabilidade de; assacar [...]; 2. Atribuir, conferir, dar [...]; 3. Caracterizar ou qualificar de erro ou crime [...]” (FERREIRA, 2009, p. 1082).

Importante destacar, desde já, que embora o nome seja imputação objetiva, em verdade não se refere à imputação do resultado de forma objetiva, mas tem por

fim colocar limites ao alcance do tipo objetivo, se aproximando mais, em termos de aceção, a uma teoria da não imputação (GRECO, 2016, p. 346).

A origem da imputação objetiva remonta a década de 30 do século XX, através dos estudos de Karl Larenz³⁴ e de Richard Honig,³⁵ sendo tratada por Larenz em sua obra intitulada 'A teoria da imputação em Hegel e o conceito de imputação objetiva' e, no caso de Honig, através da obra 'Causalidade e Imputação Objetiva'.

Para Larenz, nas palavras de Luiz Régis Prado (2010), a imputação objetiva "[...] descreve o juízo pelo qual determinado fato surge como obra de um sujeito, ou seja, a imputação nada mais é do que a tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e acontecimentos puramente acidentais." (PRADO, 2010, p. 304). Desta feita, se causa é um plexo de condições, não há como extrair tão somente uma delas para apontar o resultado como sendo seu.

Para Honig, segundo Prado (2010), "[...] o decisivo para o ordenamento jurídico não é a constatação de uma mera relação de causalidade, mas de uma relação jurídica especial entre a ação e o resultado. Não se trata de aferir a causalidade, mas de valorá-la." (PRADO, 2010, p. 305).

Nesse sentido, afirma Luiz Régis Prado (2010) que "[...] aferir o significado desta relação de causalidade com fulcro em critérios fornecidos pelo ordenamento jurídico é precisamente a tarefa principal da imputação objetiva." (PRADO, 2010, p. 305).

³⁴ Roxin (1976) menciona a obra de Karl Larenz em seu livro Problemas Basicos del Derecho Penal (ROXIN, 1976, p. 129).

³⁵ Iguamente à menção a Karl Larenz, Roxin (1976) aduz sobre as linhas iniciais traçadas acerca da imputação objetiva por Richard Honig, afirmando que "[...] a questão jurídica fundamental em si não consiste em descobrir se existem certas circunstâncias, mas em estabelecer os critérios segundo os quais queremos atribuir certos resultados a uma pessoa. Desse modo, a mudança de perspectiva realizada aqui de causação para imputação faz com que o centro de gravidade se mova já na teoria da ação da esfera ontológica para a norma: segundo isso, a questão de saber se pode-se atribuir a um homem que um resultado como seu trabalho depende desde o início dos critérios de acusação aos quais submetemos os dados empíricos. Portanto, se, como HONIG, é colocado no centro de qualquer discussão jurídica criminal 'ao julgamento de imputação com caráter específico e basicamente diferente do julgamento causal', isso implica a tese, ainda hoje muito discutida, da normatividade do conceito jurídico penal de ação." (ROXIN, 1976, p. 128, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: "[...] la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. De este modo el cambio de perspectiva que aqui se lleva a cabo desde la causalidad a la imputación hace que el centro de gravedad se desplace ya en la teoría de la acción de la esfera ontológica a la normativa: según esto, la cuestión de si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos. Por consiguiente, si, como hace HONIG, se coloca en el centro de toda discusión jurídicopenal «al juicio de imputación con su carácter específico y básicamente distinto del juicio causal», ello implica la tesis, aún hoy muy discutida, de la normatividade del concepto jurídicopenal de acción." (ROXIN, 1976, p. 128).

Cezar Roberto Bitencourt (2011) destaca, sobre a teoria da imputação objetiva, que:

Essa concepção contrasta com a concepção tradicional da causalidade, como elemento necessário e suficiente de todo crime de resultado. A causalidade é concebida, previamente, como um elemento da ação, num enfoque puramente naturalístico da teoria do delito, que considera a relação entre conduta e resultado como de natureza pré-jurídica, neutra, isto é, não valorativa. A moderna teoria da imputação objetiva, ao contrário, sustenta que somente o tipo penal e a finalidade da norma podem decidir que espécie de vinculação entre resultado e ação será relevante para o Direito Penal: uma questão jurídico-penal somente pode ser resolvida sob o prisma normativo do Direito Penal, e não apenas com a ajuda de uma categoria ontológica e pré-jurídica como a relação causal. (BITENCOURT, 2011, 297-298).

Na década de 1970 Claus Roxin apresentou estudos segundo os quais resgata a imputação objetiva e refuta o puro causalismo, adotando como foco o viés político-criminal, trazendo mais clareza aos conceitos que envolvem a imputação e adequando o tema às feições do Direito Penal.³⁶

Luís Greco (2000), ao tratar do funcionalismo e estabelecer a relação entre tipo e imputação objetiva, afirma que a teoria reformula o tipo objetivo e exige

[...] ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo – que esta lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado. (GRECO, Luís. 2000).

Para tanto, Roxin (1976) traçou as linhas propedêuticas da teoria ora resgatada, fazendo-a por meio de sua obra *Problemas Fundamentais de Direito Penal (Problemas Basicos del Derecho Penal)*, em especial no capítulo 5 intitulado *Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal (Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal)*.³⁷ Trabalha, portanto, com quatro vertentes normativas, quais sejam: diminuição do risco; criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; aumento ou falta de aumento do risco

³⁶ Relembra Carlos Ernani Constantino (2017) que “[...] foi da década de 60 em diante, que os penalistas começaram a dedicar especial atenção à teoria da imputação objetiva, a partir do escrito de HARDWIG (*Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts*, isto é, *A Imputação: um problema central do Direito Penal*, de 1957); desde então, escreveram sobre ela BOCKELMANN, SCHAFFSTEIN, MAURACH, SCHMIDHÄUSER, WESSELS, JESCHECK, STRATENWERTH, ROXIN e JAKOBS (a maioria deles, nas décadas de 70 e 80).” (CONSTANTINO, 2017, p. 42-43).

³⁷ ROXIN, Claus. *Problemas Basicos del Derecho Penal. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzon Peña. Reus S.A. Madrid: 1976, p. 128-148.

permitido; e esfera de proteção da norma como critério de imputação. A teoria traz, portanto, critérios objetivos que permitem atrelar uma conduta a uma direta afronta ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Gunther Jakobs também tendeu à teoria da imputação objetiva. Porém, o autor utiliza-se de argumentos distintos daqueles trazidos por Roxin, fundamentando seu pensamento principalmente nas obras *Derecho Penal, parte general* (1997, p. 222 a 273), e *A imputação objetiva em Direito Penal* (1996).

O que se pretende com a aplicação da teoria da imputação objetiva, em linhas gerais que serão mais bem destrinchadas no decorrer da pesquisa, é a busca pela responsabilização do agente apenas e tão somente nos limites da sua conduta valorada que, aferida em confronto com ditames normativos, traz parâmetros para se avaliar se houve ou não violação ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Luís Greco (2002),³⁸ em introdução à tradução da obra de Claus Roxin (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*), afirma que na verdade a imputação objetiva pressupõe a relação de causalidade, aduzindo que:

A realização do risco, ao contrário do que pensam alguns, não substituiu a causalidade, mas a pressupõe: é impossível dizer que determinado risco se realizou no resultado, se a conduta do autor não foi sequer *conditio sine qua non*, ou, para utilizar a teoria mais aceita na Alemanha atualmente, condição segundo uma lei natural, do resultado. (GRECO *in* ROXIN, 2002, p. 88-89).

Importante mencionar que há autores, como Yesid Reyes Alvarado (1992), que afirmam ser possível a aplicação da teoria da imputação objetiva em qualquer tipo de crime. Nesse sentido, em artigo nominado 'Fundamentos teóricos da imputação objetiva', o jurista colombiano aduz que:

Em um sistema penal unitário como o aqui defendido, a teoria da imputação objetiva, como determinante do comportamento injusto, é aplicável a todos os tipos de parte especial, ou seja, nos crimes de resultado e de perigo, igual aos atos ilícitos e culposos, bem como às ações e omissões, e também deve ser referido aos crimes consumados e tentados, pois para saber se uma conduta é criminalmente reprovável a título de tentativa, é indispensável que com ela tenha sido criado um risco juridicamente reprovado, que posteriormente se concretiza no resultado. (REYES ALVARADO, 1992, p. 967-968, tradução nossa).³⁹

³⁸ GRECO, Luís. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 88-89.

³⁹ [...] en un sistema penal unitario como el aqui defendido, la teoria de la imputación objetiva, como determinante del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es tanto en los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y

Damásio de Jesus (2013) afirma que “Até o momento, a teoria da imputação objetiva tem sido mais aplicada aos delitos de ação e de resultado (crimes materiais). No futuro, entretanto, deverá estender-se a todos os tipos de infrações penais.” (JESUS, 2013, p. 323).

Visando aclarar, de forma preambular e sucinta, o que se entende sobre o conteúdo básico da teoria da imputação objetiva, Luís Greco (2014) aduz que “[...] a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos que fazem de causação uma causação objetivamente típica.” (GRECO, 2014, p. 23).

Luís Greco afirma, ao mencionar o causalismo, que “A doutrina da primeira metade do séc. XX reduzia o tipo à causalidade: para ela, ‘matar alguém’ (art. 121, CP) era sinônimo de ‘causar a morte de alguém’.” (GRECO, 2014, p. 23). Daí a intrínseca relação do causalismo com a *conditio sine qua non*.

Conforme Luís Greco (2014), o finalismo foi a teoria que ascendeu no pós Segunda Guerra Mundial sob a crítica ao causalismo que considerava o tipo objetivo uma mera relação causal. Afirmava que “[...] os tipos tinham de ser complementados pelo dado especificamente humano, que fazia de uma mera causação uma verdadeira ação humana: a finalidade.” (GRECO, 2014, p. 24-25).⁴⁰

Quanto à teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo e a finalidade são realocados, passando a ocupar posição secundária em detrimento ao tipo objetivo, que volta a figurar no cerne da análise de uma dada conduta e sua relação com o resultado. Porém, o tipo objetivo não se atém à mera relação formal de fato e norma jurídico-penal, já que “[...] é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica.” (GRECO, 2014, p. 25-26) e esse algo mais “[...] compõe-se fundamentalmente, de duas ideias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.” (GRECO, 2014, p. 26).

Cabe ressaltar que as dimensões de desvalor do injusto penal são caracterizadas pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado, ou seja, fatores

culposos, así como a las acciones y omisiones y tambien debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a titulo de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo juridicamente desaprovado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado. (REYES ALVARADO, 1992, p. 967-968).

⁴⁰ Segundo Greco (2014) “Se a doutrina anterior deixava o tipo esgotar-se na causalidade, o finalismo passa a considerar a causalidade apenas a metade da teoria do tipo, o chamado ‘tipo objetivo’, reconhecendo, ao lado do tipo objetivo, um tipo ‘subjetivo’, que seria composto pela finalidade (e também por outros elementos intencionais [...]).” (GRECO, 2014, p. 25).

analisados referentes ao que se conhece no momento da prática conduta e, noutro sentido, que se conhece após a sua prática. Com isso, chega-se à ilação de que o causalismo tinha por foco o desvalor do resultado; já o finalismo tinha por cerne tanto o desvalor da ação, centrado na finalidade, quanto o desvalor do resultado.⁴¹

Para Luís Greco (2014) a teoria da imputação objetiva “[...] complementa ambas as dimensões de desvalor mas com novos aspectos.” (GRECO, 2014, p. 28). Segundo referido autor, o desvalor da ação, outrora subjetivo e baseado na finalidade, passa a ser composto também por um viés objetivo, caracterizado pela criação de um risco juridicamente proibido. Já o desvalor do resultado, ainda que já acrescido da finalidade, é incrementada pela necessidade da realização do risco juridicamente proibido criado pelo autor. Assim, o tipo objetivo passa a ter duas novas elementares.⁴²

Ao tratar da compatibilidade da teoria da imputação objetiva com a concepção subjetiva de ilícito, afirma Marcelo Sancinetti (1998) que:

A ideia de que a teoria da imputação objetiva é incompatível com uma concepção subjetiva de ilícito não está correta. A missão de estabelecer os princípios complementares para a interpretação do tipo (objetivo) que corresponde à "imputação objetiva" não diz nada sobre se o ilícito é constituído pela intenção, imprudência ou, por eles, mais a realização do tipo objetivo no mundo exterior. (SANCINETTI, 1998, p. 73, tradução nossa).⁴³

Damásio de Jesus (2013) afirma que há duas teorias de pressupostos distintos que tratam da incidência da teoria da imputação objetiva em relação às espécies de crime, sendo que uma defende que a teoria em comento é aplicável somente a crimes materiais e a outra afirma que a imputação objetiva incide em

⁴¹ Segundo Luís Greco, “Com base nesta perspectiva da distinção entre desvalor da ação e do resultado, nosso histórico ganharia o seguinte aspecto: a doutrina da primeira metade do séc. XX reconhecia apenas o desvalor do resultado. Por isso, reduzia o tipo à mera causalidade: o tipo nada mais era do que a causação de uma lesão a um bem jurídico. Não havia lugar algum nessa concepção de injusto para um desvalor da ação. Já o finalismo, com sua tônica no conceito de ação, complementou essa abordagem, exigindo o reconhecimento de um desvalor da ação ao lado do desvalor do resultado (causação de uma lesão ao bem jurídico).” (GRECO, 2014, p. 27).

⁴² Destaque-se que há autores que estratificam a imputação objetiva e criam subconceitos extraídos das novas elementares do tipo objetivo, conforme pode ser observado na obra de Rogério Greco, o qual afirma, quanto aos principais expoentes da teoria em comento, os juristas Claus Roxin e Günter Jakobs, que cada qual possui suas próprias vertentes ao destrinçar a imputação objetiva, situação que será melhor detalhada em tópico deste estudo.

⁴³ La idea de que la teoría de la imputación objetiva es incompatible con una concepción subjetiva del ilícito no es correcta. La misión de establecer los principios complementarios para la interpretación del tipo (objetivo) que le cabe a la "imputación objetiva" no dice nada acerca de si el ilícito esta constituído por el dolo, la imprudencia, o, por ellos, más la realización del tipo objetivo en el mundo exterior.

todas as espécies de crimes. Nesse sentido, Damásio (2013) expõe que existe a teoria restritiva e a teoria extensiva, confirmando a preferência por esta última, assim as descrevendo:

1.ª) *Restritiva*: a imputação objetiva sistematiza princípios em razão dos quais se pode considerar que um resultado é objetivamente imputável a uma conduta, referindo-se a crimes materiais (de conduta e resultado).

2.ª) *Extensiva* (ou *ampliativa*): os princípios da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não. (JESUS, 2013, p. 322).

Há três correntes⁴⁴ que tentam explicar a teoria da imputação objetiva como sendo da conduta, do resultado ou de ambos. Entende-se, como mais coerente, que a imputação objetiva seja tanto da conduta, ao gerar o risco proibido, quanto do resultado, momento em que este risco se materializa neste resultado. Nesse sentido, não existindo imputação objetiva no caso concreto, resta reconhecida a atipicidade da conduta e/ou atipicidade do resultado.

Ademais, a imputação objetiva deve ser analisada após a aferição do nexo de causalidade material. Nesse sentido, afirma Damásio de Jesus (2013) que o fato típico passa a conter “1) conduta voluntária ou culposa; 2) resultado material; 3) nexo de causalidade objetiva; e 4) imputação objetiva.” (JESUS, 2013, p. 324). Acrescentamos um quinto elemento, a tipicidade, não obstante Damásio afirme que tal “[...] configura uma qualidade do fato material e não propriamente um elemento do fato típico.” (JESUS, 2013, p. 324).

3.2 Princípios de direito penal aplicáveis à imputação objetiva

Inicialmente cabe esclarecer que os princípios e as regras encontram-se no âmbito do dever ser e categorizam espécies de normas jurídicas. Nesse sentido afirmam Mendes e Branco (2018) ao disporem que

[...] tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de

⁴⁴ Damásio de Jesus (2013) afirma que existem três orientações quanto à imputação como sendo da conduta ou do resultado, destacando que a “1.ª) Cuida-se de imputação objetiva da *conduta* causadora do risco proibido, em que se incluem os conceitos e critérios do risco tolerado, da criação do risco proibido, o princípio de confiança e a proibição de regresso. 2.ª) Imputação objetiva significa atribuição de um resultado a quem realizou uma ação. 3.ª) O instituto procura resolver temas referentes à conduta e ao resultado.” (JESUS, 2013, p. 323).

categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina-se algo), a permissão (faculta-se algo) e a proibição (veda-se algo). (MENDES; BRANCO, 2018).

Paulo Nader (2014) define norma jurídica como sendo “[...] padrões de conduta ou de organização social impostos pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade. São fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual.” e arremata dizendo que a norma jurídica é, em síntese, “[...] a conduta exigida ou o modelo imposto de organização social.” (NADER, 2014, p. 83).

Em relação à distinção entre regras e princípios, Bernardo Fernandes (2017, p. 231) destaca que as contribuições de autores como Larenz, Esser, Borowsky, Alexy, Dworkin foram importantes para se definir critérios que diferenciariam as referidas categorias, mencionado o grau de abstração, no qual os princípios tem grau mais elevado; o grau de determinabilidade no caso concreto, em que as regras tem aplicação direta e os princípios precisam de mediação; o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, em que os princípios assumem papel estruturante e fundamental no ordenamento jurídico; a proximidade da ideia de direito, na qual os princípios estão coligados à ideia de justiça ou de direito; e, por fim, a natureza normogenética, em que “[...] os princípios são fundamento de regras.” (FERNANDES, 2017, p. 231).

Desta feita, é inegável a importância e a força que os princípios possuem no ordenamento jurídico, razão porque àqueles correlacionados ao tema da pesquisa serão apresentados como forma de melhor subsidiar os argumentos defendidos.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana

Como princípio regente de todos os direitos fundamentais consagrados expressa ou implicitamente na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é fundamento⁴⁵ da República Federativa do Brasil e figura como diretriz irradiante de observância obrigatória para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Alexandre de Moraes (2017) observa que

⁴⁵ De acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...] (MORAES, 2017).

O constitucionalista Pedro Lenza (2016) destaca que a dignidade da pessoa humana é regra matriz dos direitos fundamentais e “[...] pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos.” (LENZA, 2016, p. 1535).

Bernardo Fernandes (2017) aduz que a dignidade da pessoa humana é um meta-princípio e por isso

[...] irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2017, p. 408).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018) já advertem que “[...] liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana.” (MENDES; BRANCO, 2018).

Também expõe Luís Roberto Barroso (2010) que

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. (BARROSO, 2010, p. 250).

Daniel Sarmento (2016) destaca que “O princípio da dignidade da pessoa humana visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa, e não a tutelar aspectos previamente recortados da sua personalidade e dos seus direitos.” (SARMENTO, 2016, p. 89) e prossegue afirmando que referido princípio possui como componentes o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o

mínimo existencial e o reconhecimento intersubjetivo (SARMENTO, 2016, p. 92), além de múltiplas funções.⁴⁶

Desta feita, a dignidade da pessoa humana é de importância substancial e representa um destaque na Constituição Federal como fundamento da própria República Federativa do Brasil, dissipando suas diretrizes em todo ordenamento jurídico do país e permitindo o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Diante de exposto é inegável reconhecer que o direito penal se rege, em sua integralidade, pela dignidade da pessoa humana, figurando como uma proteção contra o arbítrio estatal marcado pelo imensurável poder de punir.

De igual modo, a teoria da imputação objetiva e sua propensa aplicação desde o nascedouro da persecução penal, o que poderia sugerir a atipicidade de condutas pela via interpretativa, encontra na dignidade da pessoa humana o fundamento para impedir ingerências na vida das pessoas sem o mínimo de calço jurídico.

3.2.2 Princípio da intervenção mínima

De acordo com este princípio, também conhecido como *ultima ratio*,⁴⁷ o direito penal tem por fim a proteção de bens jurídicos mais relevantes e imprescindíveis para a salutar vida em sociedade. Deve, portanto, empreender esforços no sentido de preocupar-se tão somente com referida proteção.

Como bem lembra Nilo Batista (2007),

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao interprete da lei, como um daqueles princípios imanentes [...] por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos de um estado de direito democrático. (BATISTA, 2007, p. 85)

⁴⁶ Daniel Sarmento (2016) afirma que a dignidade da pessoa humana possui múltiplas funções, já que “[...] é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição.” (SARMENTO, 2016, p. 98).

⁴⁷ Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 43) e Rogério Greco (2016, p. 97) se referem à acepção do princípio da intervenção mínima como também sendo da *ultima ratio*.

Desta feita, em conformidade com o princípio da intervenção mínima, o ingresso do direito penal na vida das pessoas somente se justifica para proteger os bens jurídicos mais relevantes à vida em sociedade.

Muñoz Conde (2001), ao tratar do princípio em comento, destacou que

O poder punitivo do Estado deve ser regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isso, quero dizer que o direito penal deve intervir apenas em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. Os menores distúrbios da ordem jurídica estão sujeitos a outros ramos do direito. Portanto, diz-se que o direito penal tem um caráter "subsidiário" em comparação com os outros ramos do ordenamento jurídico. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 107, tradução nossa).⁴⁸

Nilo Batista (2007, p. 85) adverte que o princípio da intervenção mínima se relaciona a duas características do direito penal, quais sejam: a fragmentariedade e a subsidiariedade. No mesmo sentido afirma Luiz Luisi (1991) que “Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária.” (LUI SI, 1991, p. 26).

Cabe destacar que ao passo que o princípio da intervenção mínima tem por foco condicionar o direito penal tão somente à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, a subsidiariedade orienta que o direito penal deve ser o último recurso a ser utilizado pelo Estado, somente ingressando na esfera individual quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes. Destaca Nucci (2017) que “[...] fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão de lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados.” (NUCCI, 2017, p. 143).

A fragmentariedade revela que o direito penal deve regular apenas um fragmento da vida em sociedade, tratando-se de ramo minoritário do ordenamento jurídico. Nas palavras de Nucci (2017), a fragmentariedade “[...] é apenas um corolário da intervenção mínima, significando que nem todas as lesões aos bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico.” (NUCCI, 2017, p. 144). Rogério Greco (2016) esclarece que

⁴⁸ El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária. (GRECO, 2016, p. 109).

A teoria da imputação objetiva, na perspectiva de Claus Roxin, tem por foco a proteção do bem jurídico para justificar a imputação de um crime a um agente, razão por que o princípio da intervenção mínima e suas relações diretas com os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade são de observância obrigatória para todo aquele que intente refletir sobre um direito penal mínimo, pautado em critérios normativos que refuguem qualquer tipificação penal ou imputação de crimes para fatos que não ofendam bens jurídicos, que são solucionados por outros ramos do direito ou mesmo que não observem o caráter fragmentário do direito penal.

3.2.3 Princípio da lesividade

De acordo com o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade (NUCCI, 2017, p. 145), o direito penal não se atém a incriminações que não lesam direitos de terceiros, não se prestando a regular condutas meramente individuais ou imorais. Como lembra Nilo Batista (2007), “À conduta puramente interna, ou puramente individual - seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.” (BATISTA, 2007, p. 91).

Nesse sentido, Batista (2007, p. 92-94) afirma que há quatro principais funções do princípio da lesividade, a saber:

a) proibir a incriminação de uma atitude interna, descabendo, portanto, a punição pela cogitação de um crime;

b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, vedando o direito penal incidir sobre atos preparatórios,⁴⁹ crime impossível ou autolesão;

⁴⁹ Importante ressaltar que, excepcionalmente, o direito penal possui tipificação para atos preparatórios, como ocorre, por exemplo, no crime de associação criminosa previsto no art. 288 do Código Penal, cuja redação do *caput* encontra-se assim disposta: “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”.

c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, vedando o direito penal do autor;

d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, garantindo-se o direito à diferença e aos grupos minoritários.

Nucci (2017) considera que o princípio da lesividade não é autônomo, estando conectado diretamente ao princípio da intervenção mínima. Nesse sentido afirma que “[...] a ofensividade é uma consequência do respeito à intervenção mínima.” (NUCCI, 2017, p. 145-146).

Desta feita, se efetivamente uma conduta não afeta um bem jurídico, ainda que interpretado sob a ótica da teoria da imputação objetiva, descabe arguir-se sobre a ocorrência de um delito.

3.2.4 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social, que surgiu no ordenamento jurídico por obra de Hans Welzel, tem por foco retirar da tipicidade condutas que, embora sejam formalmente típicas, são reconhecidas no contexto social como sendo adequadas.

Francisco de Assis Toledo (1994), ao tratar do tema, dispôs que “[...] se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas.” (TOLEDO, 1994, p. 131).

Hans Welzel (1956), aduzindo sobre a adequação social, destaca que:

As ações que se movem dentro da estrutura das ordens sociais nunca são incluídas nos tipos de crime, mesmo quando poderiam ser incluídas em um tipo interpretado à letra; São as chamadas ações socialmente adequadas. Socialmente adequadas são todas as ações que se movem dentro da estrutura das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas ao longo da história. (WELZEL, 1956, p. 63, tradução nossa).⁵⁰

Importante distinção feita por Toledo (1994) quanto à adequação social e à causa de justificação, segundo o qual

⁵⁰ Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia.

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica (TOLEDO, 1994, p. 131-132).

Welzel (1956, p. 64-65) apresenta vários exemplos de adequação social, dentre os quais a restrição da liberdade como consequência normal do trânsito moderno; lesões decorrentes de práticas desportivas causadas ainda que observadas as regras do jogo e tomadas as medidas de precaução e, ainda, lesões ou mortes decorrentes de intervenções cirúrgicas visando medidas curativas.

Cabe destacar que há críticos ao princípio da adequação social. Rogério Greco (2016) dispõe que

[...] o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente (GRECO, 2016, p. 106).

Ressalte-se que, não obstante o posicionamento contrário, a aplicação do princípio da adequação social nos termos preconizados por Welzel reflete no reconhecimento da atipicidade da conduta. O princípio em espeque é trazido à baila em razão da análise de afetação ao bem jurídico, requisito necessário para a imputação objetiva.

3.2.5 Princípio da insignificância

A insignificância, também chamada de bagatela,⁵¹ é princípio que exclui a tipicidade material de um crime em razão da ínfima lesão ao bem jurídico. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2011), “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema dei Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor.*” (BITENCOURT, 2011, p. 51).

Conforme destaca Francisco de Assis Toledo (1994),

⁵¹ Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 58) afirma que a expressão ‘princípio da bagatela’ foi cunhada por Klaus Tiedemann.

Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. (TOLEDO, 1994, p. 133).

Prossegue Toledo (1994) afirmando que “[...] o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.” (TOLEDO, 1994, p. 133).

Claus Roxin (2002), em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*, afirma que

[...] são necessários princípios regulativos como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis. Aqui pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos [...]. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade. (ROXIN, 2002, p. 47-48).

Assim, o princípio da insignificância é importante vetor interpretativo que exclui a tipicidade de um crime de pequena monta, aplicado no caso concreto, dada a ausência de tipicidade material necessária à análise do primeiro elemento do conceito estratificado de um crime.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar do princípio da insignificância, elaborou jurisprudência na qual apresenta quatro vetores necessários à aplicação do referido princípio. De acordo com ementa do HC 84.412-0/SP, datado de 19/11/2004, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, foi reconhecida a atipicidade da conduta, com os seguintes destaques:

[...] Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", p. 133/134, item n. 131, 5ª ed., 2002, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 6, item n. 9, 2002, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/10, item n. 11, "h", 26ª ed., 2003, Saraiva; MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, "Princípio da Insignificância no Direito Penal", p. 113/118, item n. 8.2, 2ª ed., 2000, RT, v.g.). O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a **presença de certos vetores, tais como (a) a mínima**

ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade [...]. Na realidade, e **considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado** (que tem por destinatário o próprio legislador) **e, de outro, o postulado da insignificância** (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI ("Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (STF – HC: 84412 SP, Relator: CELSO DE MELO, data de julgamento: 19/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19/11/2004). (grifo nosso).

Como lembra Damásio de Jesus (2013), “[...] adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima.” (JESUS, 2013, p. 53). Acrescenta o autor afirmando que o princípio “[...] tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc.” (JESUS, 2013, p. 52-53).

Verifica-se, pois, que o princípio da insignificância deve ser observado nas condutas que não atentem de forma significativa contra bens jurídicos, o que gera a atipicidade da conduta, guardando relação com a teoria da imputação objetiva cujo lastro, justamente, encontra consonância com a violação relevante de um bem jurídico protegido pela norma penal.

3.3 Notas sobre o causalismo, o finalismo e o funcionalismo penal

Não tendo a pretensão de exaurir o tema, até por que inúmeros penalistas de renome se dispõem em teses jurídicas para traçar o molde de cada uma das teorias do delito, tema tormentoso e de grande profundidade no direito penal, serão tecidas

breves notas sobre as generalidades que circundam o causalismo, o finalismo e o funcionalismo penal como forma de situar, em momento vindouro, a teoria da imputação objetiva em dado marco do direito penal.

De início, cabe destacar que o causalismo, o finalismo e o funcionalismo referem-se às teorias que tem por fim explicar o elemento conduta presente no fato típico.

Destaque-se desde já que o funcionalismo é uma teoria associada à Sociologia Criminal e que tem por escopo avaliar a sociedade em seus diversos aspectos, especialmente considerando-a como um órgão funcional composto pelas pessoas e suas complexas relações, tratando-se que teoria vinculada à política criminal que se encontra diretamente relacionada à teoria da imputação objetiva.

3.3.1 O causalismo

O causalismo, teoria causal, mecanicista, teoria clássica, naturalista ou teoria causalista da ação encontra suas bases nas ciências naturais, numa mera relação de causa e efeito, marcada pela desvinculação psíquica da ação com o resultado eventualmente produzido.

O causalismo foi sistematizado no século XIX por Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch (BRANDÃO, 2019, p. 64), possuindo adeptos no Brasil por penalistas como Aníbal Bruno e Nélon Hungria (MASSON, 2017, p. 245).

O cerne da teoria causal representa o nexo entre a ação engendrada por alguém e a conseqüente modificação do mundo exterior decorrente desta ação. Havendo, pois, uma ação praticada, será necessário avaliar a antijuridicidade e a culpabilidade para que se defina pela configuração de todos os elementos que perfazem a ocorrência cabal de um crime com o apontamento de seu autor. Afinal, o elemento subjetivo para esta teoria encontra-se na culpabilidade.

Desta feita, em razão da essência do causalismo, caracterizada pela mera relação de causa e efeito, a análise da tipicidade não diferencia a ação dolosa da culposa, já que o conectivo psicológico do agente que junte a ação ao resultado não é considerado para a teoria, situação que é remetida, portanto, à culpabilidade. Cláudio Brandão (2019) ressalta que

Para a teoria causalista, o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade. Destarte, não se deve investigar no âmbito da multirreferida ação se a modificação no mundo exterior foi produto da finalidade do agente (dolo) ou se a finalidade foi dirigida para um fato lícito, sendo censurados os meios que o agente utilizou (culpa). (BRANDÃO, 2019, p. 66).

Ao situar o dolo e a culpa no terceiro elemento do crime, o causalismo convive com as teorias psicológica (Liszt) e psicológico-normativa (Frank) da culpabilidade, quando o juízo de reprovabilidade da conduta inclui a aferição dos elementos subjetivos que se encontram expressos (psicológico-normativa) ou não (psicológica) na própria culpabilidade.

Perceba-se que o causalismo não tem por fito a definição do conteúdo da vontade do autor, centrando-se na aferição do seu agir que causa a modificação no mundo exterior.

A mera relação de causa e efeito do causalismo utilizada para se verificar a conduta foi bastante criticada, já que a importação da teoria das ciências naturais para acoplá-la às relações humanas fere peculiaridades próprias desta relação, que vão além de mero objeto físico-matemático. Ademais, a separação da conduta, que gera modificação do mundo exterior, do querer do agente, seu dolo ou culpa, majora a crítica sobre referida teoria, vez que o elemento subjetivo é avaliado na culpabilidade.

Destaque-se, ainda, que na teoria causalista não se consegue explicar os crimes omissivos próprios, os crimes formais ou mesmo os crimes de mera conduta, já que no primeiro caso não há conduta, mas ausência dela, e nos demais não se fala em resultado, mas tão somente de conduta e tipicidade. Da mesma forma, não há explicação idônea, para referida teoria, no que tange aos crimes tentados, vez que são ausentes de resultado naturalístico.

3.3.2 O finalismo

O finalismo consiste em uma teoria do delito formulada por Hans Welzel⁵² na década de 30 e tem por escopo considerar a ação como uma conduta do homem

⁵² Eugênio Raul Zafaroni e José Henrique Pierangeli (2002) afirmam que o Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna foram os responsáveis por transformar a culpabilidade em reprovabilidade pura, incorporando o dolo e a culpa ao tipo como estruturas típicas distintas, ressaltando que “A partir da década de 30, a formulação deste esquema começa a aperfeiçoar-se por obra de Hans Welzel.” (ZAFARONI; PIERANGELI; 2002, p. 398-399).

livre dirigida a um fim, afastando-se da mera relação de causa e efeito propostos pelo causalismo e baseado em simples fenômeno natural.

Desta forma, com o finalismo a tipificação de uma conduta deve surgir apenas quando o agir ou deixar de agir, de forma consciente e voluntária, tiver um determinado fim que contrarie a norma jurídico-penal.⁵³

Através do finalismo, o dolo e a culpa migram da culpabilidade para o fato típico, passando a figurar como elementos subjetivos da conduta. Afere-se a intenção do agente, portanto, neste primeiro elemento de análise de um crime.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011),

A teoria do delito encontra no finalismo um dos mais importantes pontos da sua evolução. Uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo normativismo neokantiano, foi a extração do âmbito da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da culpabilidade, a primeira construção verdadeiramente normativa, no dizer de Maurach. (BITENCOURT, 2011, p. 504).

Welzel, ao distinguir o finalismo do causalismo, afirmou que “a finalidade é vidente e a causalidade é cega” (WELZEL, 1976, p. 54-55).⁵⁴

Guilherme Coelho Colen (2018) dispõe em artigo publicado na Revista da Faculdade Mineira de Direito (v. 21, nº 42) que

(...) não se pode dizer que a causalidade seja suficiente para compreender a ação humana em sua complexidade, pois dita causalidade é uma mera relação de consequência necessária em função de uma precedência de causas, não comportando, a causalidade, nenhum tipo de direção finalística, o que está na base da conduta do ser humano. (COLEN, 2018, p. 155).

Com a reforma realizada na parte geral do Código Penal Brasileiro no ano de 1984, aparentemente o legislador tendeu ao finalismo, especialmente ao dispor no art. 20, *caput*, que “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. Assim, parafraseando Cleber Masson (MASSON, 2017, p. 248), se a falta do dolo resulta na

⁵³ O jurista Cláudio Brandão aduz que “Welzel afirma que o homem, com o seu conhecimento oriundo da experiência e da probabilidade, pode antever os possíveis resultados e as possíveis consequências do seu atuar, e, à luz dessa possibilidade, o homem pode dirigir os fatores causais na consecução dos seus fins.” (BRANDÃO, 2019, p. 67).

⁵⁴ Afirma Welzel que “[...] a denominação figurativa para a finalidade como uma forma de determinação ‘vidente’, em oposição à causa ‘cega’ [...]” (WELZEL, 1976, p. 54-55, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “[...] la denominación figurativa para la finalidad como forma de determinación ‘vidente’, en contraposición a la causalidade ‘ciega’ [...]”.

extinção do fato típico, mesmo que somente na forma dolosa, é por que o dolo encontra-se na conduta.

Luís Greco (2014) ressalta que os finalistas “[...] acrescentaram, portanto, ao tipo objetivo dos crimes dolosos uma face subjetiva – mas o tipo objetivo permanecia intocado. Ele nada mais era do que a causalidade.” (GRECO, 2014, 25).

Claus Roxin (2006) observa que

O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso. (ROXIN, 2006, p. 101).

Salienta Cláudio Brandão (2019), quanto à diferença entre a ação causal da final, que “[...] a final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto o causal não é um agir orientado a um fim, sendo resultante da constelação de causas existentes em cada momento.” (BRANDÃO, 2019, p. 69).

Cabe destacar que toda a amplitude do tipo penal ainda não é satisfeita, já que o finalismo leva a análise do tipo subjetivo para o fato típico, mas não interfere no tipo objetivo, marcado pela suficiência da causalidade.

Ademais, uma das críticas direcionada ao finalismo refere-se à ausência de solução em relação aos crimes culposos e crimes omissivos, já que a finalidade não existiria no resultado produzido pela culpa ou omissão. Nesse sentido, André Callegari (2009) afirma que:

a) Aos crimes culposos, cujo resultado é meramente causal, não sendo abrangido pela vontade, eis que a violação de dever de cuidado encontra-se fora da finalidade da ação; b) aos crimes omissivos, cuja conduta, por não ser causa de nenhum resultado, não pode atuar de modo finalista. (CALEGARI, 2009, p. 52-53).

Para refutar as críticas quanto aos crimes culposos, argumenta-se que também existe finalidade em referidos crimes, que residiria nos meios eleitos pelo agente para a prática do delito, seja pela escolha negligente, imprudente ou imperita.⁵⁵ A aplicação sobre os crimes culposos, porém, não possui aceitação cabal ainda entre os adeptos da teoria.

⁵⁵ Nesse sentido, Cláudio Brandão (2019) aduz que “[...] no crime culposo também existe vontade dirigida a um fim, só que o fim será um fim conforme o Direito. A reprovação jurídica nos crimes culposos não recai na finalidade do agente, mas nos meios que o agente elegeu para a consecução

Cabe salientar que também em relação aos crimes omissivos, na concepção finalista, a conduta do agente afronta os fins exigidos pelo direito, satisfazendo o escopo de subsunção ao tipo penal.

Por derradeiro, adotando-se o finalismo, seu partidário poderá tender tanto ao conceito bipartido quanto ao tripartido do crime, já que a culpabilidade é normativa pura e despida de dolo ou culpa.

3.3.3 O funcionalismo

O funcionalismo é uma teoria associada à Sociologia Criminal e dispõe, em linhas gerais, que a sociedade deve ser avaliada em diversos aspectos, sendo considerada um órgão funcional que abriga as complexas relações sociais.

Cláudio Brandão (2019) já adianta que

A teoria funcionalista interpreta a ação de acordo com os fins da pena e do Direito Penal. Tal teoria é, na sua essência, normativa, isto é, não considera a ação um conceito pré-jurídico, mas a considera um conceito obtido à luz das normas e do Direito. (BRANDÃO, 2019, p. 73).

No âmbito criminal, a partir da década de 1970 surgiram na Alemanha vozes de penalistas que pretendiam preterir o mero tecnicismo conferido à subsunção do fato à norma para, em outro sentido, conferir ao tipo penal as funções atinentes à política criminal⁵⁶ referendada pela proteção dos bens jurídicos ou, ainda, pela manutenção do sistema.

Desta feita, o próprio conceito de conduta formulado tanto no causalismo quanto no finalismo são questionados pelo funcionalismo. Se a função do Direito Penal é manter a paz social (seja pela proteção do bem jurídico, seja pela manutenção do sistema), conservando a harmonia da sociedade, aplicar tão somente uma teoria de causa e efeito (causalismo) ou mesmo uma teoria que aduz ser a ação relevante quando direcionada a um fim (finalismo)⁵⁷ seria desconsiderar as demais questões que circundam o fato e o próprio fim do Direito Penal. Deve

de seu fim, sendo eles qualificados como imprudentes, negligentes ou imperitos.” (BRANDÃO, 2019, p. 70).

⁵⁶ Brandão (2019) afirma que política criminal “[...] será o programa de prevenção e reprovação das ações delituosas, que são definidas pela lei penal.” (BRANDÃO, 2019, p. 73).

⁵⁷ Luiz Regis Prado observa que “Na verdade, uma doutrina de imputação objetiva que pretenda apreender o sentido do comportamento típico e delimitar o alcance dos tipos de injusto não é incompatível com os postulados finalistas.” (PRADO, 2010, p. 315).

haver, pois, segundo os adeptos do funcionalismo, outros parâmetros a serem observados para se aplicar a lei penal aos casos concretos.

Claus Roxin (1997), expoente de grande destaque do funcionalismo, deixa antever a existência de diversos funcionalismos,⁵⁸ ressaltando que não obstante distintos em seus matizes, há questão que é comum, assim expondo:

Os defensores desta orientação concordam – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em rejeitar o ponto de partida do sistema finalista e partem da hipótese de que a formação do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos anteriores (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal.⁵⁹ (ROXIN, 1997, p. 203, tradução nossa).

Luís Greco (2000), em artigo intitulado “Introdução à dogmática funcionalista do delito”, afirma que

[...] o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano - falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal. (GRECO, 2000).

Embora não seja adepto ao funcionalismo, com clareza peculiar Brandão (2019) afirma que referida teoria

Propõe que todos os institutos da dogmática penal, isto é, a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, sejam desenvolvidos a partir dessa perspectiva político-criminal. Nesse sentido a ação deve ser entendida como um conceito criado pelo direito e orientado para as finalidades político-criminais a ele inerentes. (BRANDÃO, 2019, p. 73).

O funcionalismo teve duas vertentes principais, sendo uma conduzida pelo jurista Claus Roxin, denominada funcionalismo teleológico, também conhecida por funcionalismo moderado, dualista, de política criminal ou funcionalismo da Escola de Munique; e outra capitaneada por Günter Jakobs, designada de funcionalismo

⁵⁸ O presente trabalho irá se ater aos funcionalistas Claus Roxin e Günter Jakobs por serem os autores cujas obras sobre o tema tem maior expressividade no universo jurídico-penal.

⁵⁹ Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.

estratégico, ou mesmo funcionalismo radical, monista, sistêmico ou funcionalismo da Escola de Bonn.

Claus Roxin centra seus estudos sobre o funcionalismo penal tendo por foco os fins do Direito Penal, propondo a reconstrução da teoria do crime referendada pela política criminal. Eventual punição criminal é justificada em razão da violação ao bem jurídico.

Já Günter Jakobs centra-se num funcionalismo que se justifica nos fins da pena em si, ou seja, preocupa-se tão somente com a manutenção do sistema como função do direito penal. A violação das regras penais do sistema tem o condão de justificar a punição criminal.

Conforme arremata Luís Greco (2000),

A teoria dos fins da pena adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial). (GRECO, 2000).

Quanto às críticas, as quais neste momento tão somente são apresentadas em linhas gerais vez que serão mais bem destacadas em tópico específico deste estudo, o funcionalismo causa resistência principalmente por jungir a dogmática penal à política criminal, temas tidos até então em compartimentos estanques do direito como se nenhuma relação tivessem.⁶⁰

3.4 A teoria da imputação objetiva na perspectiva de Claus Roxin

Cláus Roxin foi considerado o responsável pela remodelagem da teoria da imputação objetiva na década de 1970, trabalhando pela vertente do funcionalismo

⁶⁰ De acordo com Juan Carlos Ferré Olivé, Alexis Couto de Brito *et al.* (2017), “Foi FRANZ VON LISZT quem defendeu a existência de antinomias entre direito penal e política criminal, descrevendo-os como ‘reinos opostos’. Assim, em sua famosíssima frase, considerou o Direito Penal como a *barreira intransponível* da Política Criminal [...]. Foi o extraordinário o trabalho de CLAUS ROXIN que permitiu – muitos anos mais tarde – o início da superação do isolamento, aproximando aqueles ‘reinos opostos’ ao facilitar que a dogmática jurídico-penal recebesse a influência da Política Criminal [...]. O modelo proposto por ROXIN, e que foi desenvolvido por muitos de seus seguidores, oferece à teoria do crime uma *orientação político-criminal*, na qual todas as categorias do sistema (ação, tipicidade, antijuridicidade, responsabilidade) devem ser desenvolvidas a partir desta perspectiva.” (OLIVÉ; BRITO; et al., 2017, p. 230-231).

penal teleológico, também conhecido como funcionalismo moderado, dualista, de política criminal ou da Escola de Munique.

A essência do funcionalismo de Roxin tem por fundamento uma reestruturação da teoria do crime decorrente de uma visão teleológica, numa tentativa de superar a visão ontológica das teorias causalista e finalista da ação.

A reflexão de um direito penal com substrato da política criminal, conforme apontado por Roxin (1997, p. 203), tem como resultado a teoria da imputação ao tipo objetivo, que não se atém simplesmente à mera lógica da causalidade, mas orienta-se por disposições que se classificam por critérios jurídicos.

Roxin (2006, p. 124-126), ao tratar da evolução dos estudos sobre imputação objetiva de Honig e Larenz, não apenas cuida de afastar os elementos fortuitos do tipo, mas também preterir os elementos não fortuitos, apresentando resultados que decorrem da diminuição do risco, do risco permitido, daquilo que está à margem do âmbito de proteção da norma e, ainda, do que encontra-se fora do alcance do tipo penal.

O jurista alemão conduz à reflexão que inclui a finalidade do direito penal, que para autor não deve se ater às meras conjecturas baseadas em construções teóricas, relações físicas de causa e efeito ou mesmo a fria análise da finalidade de uma ação. O direito penal deve ter por fim dar cabo aos problemas sociais, protegendo os bens jurídicos e atribuindo sanções quando de sua violação.

Mais que a simples subsunção do fato à norma, propõe o autor uma reflexão completa que inclui a superação da dualidade entre Direito Penal e Política Criminal. Nesse sentido afirma Roxin (1997) que

O avanço consiste, sobretudo, no fato de que a orientação neokantiana permeada por valores culturais é substituída por um critério de sistematização especificamente jurídico-criminal: as bases político-criminais da teoria moderna dos fins da punição. (ROXIN, 1997, p. 203, tradução nossa).⁶¹

Para Roxin, o sistema de direito penal deve ter por escopo uma finalidade valorativa,⁶² ou seja, deve constituir-se de caráter teleológico. Portanto, se os

⁶¹ El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena.

⁶² Roxin (1997) afirma que “[...] o ponto de partida teleológico tornou a imputação de um resultado dependente do tipo objetivo de realização de um perigo não permitido no objetivo de proteção da norma, substituindo pela primeira vez a categoria natural-científica ou lógica de causalidade por um

alicerces da punição devem conduzir os fins do direito penal, razoável a reflexão segundo a qual a política criminal serve à finalidade do sistema penal.

Ao tratar da teoria da imputação objetiva, Roxin (1997) aduz que “A redução da possibilidade objetiva de reivindicar o princípio do risco facilita uma divisão de nossos critérios que poderia permitir a elaboração de uma teoria geral da imputação completamente desapegada do dogma causal pelos crimes de resultado.” (ROXIN, 1976, p. 131, tradução nossa).⁶³

Afirma Roxin que a imputação objetiva somente é possível nos delitos de resultado, destacando que a teoria do nexa causal é “[...] o fundamento de toda imputação ao tipo objetivo; pois o primeiro pressuposto para a realização do tipo é sempre que o autor tenha causado o resultado.” (ROXIN, 1997, p. 346, tradução nossa).⁶⁴ Assim, nos crimes formais e de mera conduta a imputação ao tipo objetivo cingir-se-ia à subsunção do fato à norma proibida.

Afirma Roxin que a imputação ao tipo objetivo deve seguir dois passos sucessivos: “[...] em uma primeira seção (A) a teoria do nexa ou relação causal será exposta; e os demais pressupostos serão tratados em uma segunda seção (B) relativa à imputação.” (ROXIN, 1997, p. 346, tradução nossa).⁶⁵ Percebe-se, desta feita, que a aferição da tipicidade, para Roxin, deve atender ao critério formal, ao critério material ou normativo e, por fim, ao critério subjetivo.

Conforme Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 346-347) e nas próprias palavras de Roxin (ROXIN, 1976, p. 131-141), são consideradas quatro vertentes para que se avalie a imputação objetiva, quais sejam:

- 1 – Diminuição do risco
- 2 – Criação de um risco juridicamente relevante
- 3 – Aumento do risco permitido
- 4 – Esfera de proteção da norma como critério de imputação

conjunto de regras orientadas para avaliações legais” (ROXIN, 1997, p. 204, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “[...] el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas” (ROXIN, 1997, p. 204).

⁶³ La reducción de la posibilidad objetiva de pretender al principio del riesgo facilita una división de nuestro criterio que podría permitir elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal.

⁶⁴ [...] el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado.

⁶⁵ “[...] en una primera sección (A) se expondrá la teoría del nexa o relación causal; y a continuación se tratarán en una segunda sección (B) los restantes presupuestos de la imputación.”

No caso de diminuição do risco, a ação de uma pessoa no sentido de reduzir um risco para o bem jurídico protegido não pode ter o condão de imputar uma ação típica a alguém. Em típico exemplo, se uma pessoa vê outra na iminência de ser atacada com uma facada mortal em seu coração e, nesse sentido, embora não tenha conseguido impedir o ataque mas, com sua ação, tenha desviado a faca para que atinja o braço da vítima, não poderá ter sua conduta considerada típica, já que diminuiu o risco do resultado.

Ao tratar da criação de um risco juridicamente relevante, Greco (2016) aduz que “Se a conduta do agente não é capaz de criar um risco juridicamente relevante, ou seja, se o resultado por ele pretendido não depender exclusivamente de sua vontade, caso este aconteça deverá ser atribuído ao acaso.” (GRECO, 2016, p. 347). Em típico exemplo doutrinário trazido pelo autor, aquele que deseja a morte de um tio com o escopo de herdar-lhe o patrimônio e, para tanto, oferta ao parente uma passagem de avião desejando que este caia e cause a morte do tio, não poderá o macabro sobrinho, se o avião cair, ser acusado do crime, já que a queda seria obra do acaso. Greco (2016) chega a afirmar que neste caso “[...] não há domínio do resultado através da vontade humana.” (GRECO, 2016, p. 347).

No que tange ao aumento ou falta de aumento do risco permitido, tratando-se de versão simples do princípio do incremento do risco,⁶⁶ percebe-se que se não há aumento do risco, não há que imputar a alguém a prática do crime. Verifica-se o clássico exemplo de Roxin (1976) sobre o caso dos pelos de cabra (ROXIN, 1976, 134-135), também exemplificado por Rogério Greco (2016) ao aduzir que

Um fabricante havia feito a importação de pelos de cabra para a confecção de pincéis. Mesmo tendo sido orientado pelo exportador de que os pelos deveriam ser desinfetados antes do fabrico dos pincéis, o importador, deixando de observar o seu necessário dever de cuidado, os coloca em contato com os seus operários, sem antes esterilizá-los, conforme determinações do exportador. Em virtude do contato com os pelos não esterilizados, quatro trabalhadores contraem uma infecção, por causa de bacilos de carbúnculo e morrem. Verificou-se posteriormente que, mesmo que o importador fabricante de pincéis tivesse tomado todas as precauções necessárias à esterilização dos pelos com os produtos indicados pelo exportador, ainda assim os operários teriam contraído a infecção fatal, pois os bacilos de carbúnculo já estavam resistentes. Em suma, mesmo que o fabricante tivesse observado o seu dever de cuidado, o resultado ainda assim poderia ter ocorrido, razão pela qual este não lhe poderá ser

⁶⁶ Roxin (1976, p. 134), ao tratar do vetor ‘aumento ou diminuição do risco permitido’, afirma que este refere-se “[...] à versão mais simples do princípio de aumento de risco, que desenvolve há alguns anos.”, tratada pelo autor no ano de 1962. Texto original traduzido para o espanhol: “[...] la versión más breve del principio del incremento del riesgo, que desarrollé hace ya unos años.”

imputado, uma vez que a sua conduta negligente não incrementou o risco da sua ocorrência. (GRECO, 2016, p. 347).

Outro exemplo que se pode apresentar em relação ao aumento do risco refere-se a um agente penitenciário que recolhe um preso acusado de estupro em uma cela coletiva e, ao fechar a porta do local, afirma em voz alta que aquele preso cometeu o crime contra um menor de idade, fazendo com que os demais presos ouvissem sobre o ocorrido. A prisão, por si só, já gera um risco permitido pelo ordenamento jurídico. Porém, é inconteste que o servidor público aumentou o risco para o preso, já que este poderá ser morto ou lesionado pelos colegas de cela que inadmitem, por regra, esse tipo de crime decorrente de código de conduta que sorrateiramente vige entre os presos nas unidades prisionais.

Por fim, ao apresentar o último vetor da teoria da imputação objetiva, Roxin trata da esfera de proteção da norma (ou do tipo penal) como apta a impedir que haja imputação àquele cuja conduta encontra-se sob o manto protetivo da própria norma jurídica.

Nas palavras de Fernando Galvão da Rocha (2000),

A relevância jurídica que autoriza a imputação objetiva ainda deve ser apurada pelo sentido protetivo de cada tipo incriminador; ou seja, somente haverá responsabilidade quando a conduta afrontar a finalidade protetiva da norma. [...] Existem casos em que o aumento do risco para além do permitido não acarreta imputação, pois a situação está fora do alcance da norma jurídica incriminadora. (ROCHA, 2000, p. 55).

Em exemplo trazido por Roxin (1976, p. 137), o autor trata das consequências secundárias de infrações, supondo caso em que uma pessoa atropela outra ocasionando sua morte e, ao saber do caso, a mãe da vítima tem um ataque nervoso. Questiona Roxin (1976) se o condutor deve ser responsabilizado pela lesão causada na mãe da vítima, afirmando que

[...] a única coisa que importa para a solução é decidir se se quer limitar o fim protetor dos correspondentes preceitos para evitar as consequências diretamente lesivas aos bens jurídicos ou se também se quer estendê-lo para evitar danos secundários causados por aqueles. (ROXIN, 1976, p. 137, tradução nossa).⁶⁷

⁶⁷ [...] lo único que importa para la solución es decidir si se quiere limitar el fin protector de los correspondientes preceptos a impedir las consecuencias directamente lesivas de bienes jurídicos o si se lo quiere extender también a evitar daños secundarios desencadenados por aquéllas.

Arremata o autor afirmando que a jurisprudência é tendente a apontar como responsabilidade penal tão somente os fatos que geram consequências lesivas diretas aos bens jurídicos, ou seja, consequências primárias, não condenando para casos de consequências secundárias, como na situação de lesão causada na mãe da vítima no exemplo mencionado.

Destaque-se que em relação ao alcance do resultado pelo tipo penal Roxin (2006, p. 108) trata da autocolocação da vítima em perigo, ocasião em que alguém se expõe deliberadamente ao perigo existente ou mesmo cria o próprio perigo para si. Nessas situações, segundo o autor, em razão da autorresponsabilidade da vítima, não há que se falar em imputação do resultado.

Afirma Roxin (2006) que não se puniria “[...] a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual.” (ROXIN, 2006, p. 108). Relembre-se clássico exemplo segundo o qual um traficante, ao vender droga ilícita a um usuário que morre em seguida ao uso do entorpecente, não poderia ser acusado de homicídio, já que embora pudesse ser aventado o dolo eventual deste traficante, por mera relação causal, o resultado não alcança o tipo penal.

Ressalte-se, ademais, que casos resolvidos pela teoria da causalidade adequada podem ser solucionados pela teoria da imputação objetiva de Roxin, através do chamado ‘desvio essencial’,⁶⁸ num típico exemplo de uma ambulância que sofre acidente após resgatar com vida uma pessoa alvejada por disparo de arma de fogo. Neste exemplo, caso a vítima socorrida venha a falecer em decorrência do acidente,⁶⁹ a superveniência de causa relativamente independente

⁶⁸ Ao tratar do desvio essencial, Damásio de Jesus (2003) aduz que “É possível que o autor, desejando um resultado mediante o emprego de determinado decurso causal, venha a produzi-lo de forma diversa. Nesse caso, fala-se em ‘desvio do nexa causal’, que pode ser: 1.º) essencial; 2.º) não essencial. O desvio essencial é relevante, excluindo a imputação do resultado. É o caso da ‘infecção hospitalar’. O desvio não essencial é meramente acidental, irrelevante, não excluindo a imputação do resultado. No exemplo da vítima que, jogada da ponte, choca-se contra uma pilastra e morre, o desvio não é essencial, respondendo a agente pelo resultado. A morte advinda de septicemia, no crime de homicídio, inclui-se no desvio não essencial, respondendo o agente pelo resultado.” (JESUS, 2003, p. 82).

⁶⁹ Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, ao tratarem da aplicação da teoria da imputação objetiva, exemplificam afirmando que “[...] é verdade que quem atira em outro cria um risco não autorizado de produzir sua morte - primeiro critério. Mas se a vítima morrer em um acidente de ambulância que o levou ao hospital, o sujeito que atirou nele não será responsável pelo resultado da morte (homicídio consumado), porque isso não foi uma consequência do risco criado com o tiro.” (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010, p. 230, tradução nossa). Texto original: “[...] es cierto que quien dispara contra otro crea un riesgo no permitido de producción de la muerte de éste —primer

que, por si só, teria causado o resultado, cede lugar para a incidência da não imputação objetiva em razão do não preenchimento do tipo objetivo.

Desta feita, a base sobre a qual Roxin fundamenta a teoria da imputação objetiva segue critérios normativos que tem por fim aferir a existência ou não de um crime sob as perspectivas funcionalistas, apontando vetores que permitem a análise da tipicidade os quais, reitera-se, se caracterizam pela diminuição do risco, pela criação ou não de um risco juridicamente relevante, pelo aumento de um risco permitido e pela esfera de proteção da norma como critério de imputação.

3.4.1 O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito como excludentes de tipicidade: reflexões sobre a tipicidade conglobante de Zaffaroni e sobre o vetor 'risco permitido' da teoria da imputação objetiva de Roxin

No direito penal a estratificação do conceito de crime em sua concepção tripartite trata o delito como um fato típico, ilícito e culpável. Tal feito refere-se a uma maneira doutrinária de se analisar a existência ou não de um crime sob os aspectos da adequação do fato à norma, revelando o fato típico; da existência ou não de contrariedade ao ordenamento jurídico, ou seja, a existência ou não das excludentes de antijuridicidade; e do juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente que praticou a conduta, avaliando-se a culpabilidade.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2017), o conceito analítico de crime na concepção tripartida trata-se de

[...] uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos os elementos subjetivos dolo e culpa), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor [...] (NUCCI, 2017, p. 351).

Há normas jurídicas que impõem determinados comportamentos, como no caso do estrito cumprimento de dever legal. Também há normas que garantem o exercício de um direito, como se observa nos casos de exercício regular de direito.

critério—. Pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que le llevaba al hospital, el sujeto que le disparó no responderá del resultado muerte (homicidio consumado) porque éste no ha sido consecuencia del riesgo creado con el disparo.”

Ambas as normas exemplificadas⁷⁰ estão albergadas no direito penal brasileiro sob o manto das excludentes de antijuridicidade.⁷¹

Partindo-se do suposto que o ordenamento jurídico é um sistema complexo e harmônico, não se concebe que a mesma norma jurídica impeça condutas que ela ordena ou mesmo fomenta. Atuar sob o estrito cumprimento de dever legal é manejar a conduta de forma obrigatória, cumprindo um dever imposto pela própria norma jurídica. No mesmo sentido, agir albergado pelo exercício regular de direito, conduta fomentada pela norma jurídica, é atuar em conformidade com uma benesse conferida pelo próprio ordenamento.⁷²

Como lembra Rogério Greco (2016), “Segundo o conceito de tipicidade conglobante, não é possível que no ordenamento jurídico que se entende perfeito exista uma norma ordenando que se faça aquilo que outra proíbe.” (GRECO, 2016, p. 475).

Raul Zaffaroni e Henrique Pierangeli (2002) afirmam que agir sob o estrito cumprimento de dever legal não se trata de atuar sob o manto de uma causa de justificação, uma excludente de antijuridicidade, mas sim sob uma excludente de tipicidade.⁷³ Os autores assim se posicionam porque entendem que “[...] as causas

⁷⁰ Importante fazer uma distinção entre normas justificantes e normas permissivas. Gomes (2007) faz a distinção, afirmando que as normas justificantes autorizam que o agente lesione um bem jurídico para salvar outro de maior ou de igual relevância que estejam sob risco atual ou iminente. São os casos de legítima defesa e de estado de necessidade. Já as normas permissivas autorizam o agente a lesar um bem jurídico mesmo que inexista risco atual ou iminente. São os casos de exercício regular de direito e do estrito cumprimento de dever legal.

⁷¹ Nesse sentido, o art. 23 do Código Penal expõe que: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

⁷² Cabe lembrar que a legítima defesa e o estado de necessidade figuram como excludentes de antijuridicidade, mas não se referem a condutas obrigatórias ou fomentadas pelo estado. Ao revés, tratam-se de faculdades conferidas pelo ordenamento jurídico-penal cuja norma discriminante permite atuações do agente quando se encontre em situação que atenda a seus pressupostos. O art. 25 do CP aduz que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” Já o art. 25 do CP dispõe que “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

⁷³ De acordo com Zaffaroni, Alagia e Slokar, “A consideração conglobada da norma deduzida do tipo limita seu alcance em função das demais normas do universo ou da ordem normativa da qual faz parte, excluindo o dano quando: (a) não há prejuízo do bem jurídico ou não é significativo; (b) a externalização do comportamento do agente se encaixa objetivamente no que ele tinha o dever legal de fazer na circunstância; (c) ou no modelo de ações que a lei incentiva; (d) por acordo ou assunção de risco pelo sujeito passivo; e) O resultado não exceda o marco de realização de um risco não proibido.” (ZAFFARONI, *et. al*, 2002, p. 485, tradução nossa). Texto original: La consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo limita su alcance en función de las otras normas del universo u orden normativo del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando: (a) no haya afectación del bien jurídico o ésta no sea significativa; (b) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en la circunstancia; (c) o en el modelo de acciones que el derecho fomenta; (d) medie un acuerdo o una

de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem)” (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2002, p. 551). Prosseguem os autores afirmando que:

Quem não quer agir justificadamente pode não fazê-lo, por que o direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, por que o direito lhe ordena que aja desta forma. (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2002, p. 551).

Ademais, ao tratar da tipicidade conglobante, superando a tipicidade formal, deve-se entender que a tipicidade penal é o resultado da própria tipicidade formal somada à tipicidade conglobante (tipicidade material mais conduta antinormativa). Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2002), ao tratar do ordenamento jurídico como um todo, dizem que “[...] não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 549).

Conforme destacam os aludidos autores ZAFFARONI e PIERANGELI (2002), ao tratarem de situações envolvendo a atipicidade conglobante, não obstante a tipicidade legal, tais casos ocorrem quando

[...] uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento de um dever jurídico), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece proibir o que outra norma exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 550).

Há normas que determinam e outras que fomentam condutas e, em ambas, há tipicidade conglobante, nos termos delineados pelos referidos autores. Nos casos de intervenções cirúrgicas para fins terapêuticos, condutas fomentadas pelo ordenamento jurídico, a exemplo de uma amputação de membro para salvar a vida de uma pessoa, ao invés de se tratar a ação do médico como uma excludente de antijuridicidade do exercício regular de direito, percebe-se que fica caracterizada a atipicidade da conduta.

Verifica-se, como destacou Zaffaroni e Pierangeli (2002), que

A atipicidade surge da consideração conglobada da norma anteposta ao tipo de lesões, para isto bastando que se busque o fim terapêutico, sem importar se ele é efetivamente alcançado, sempre que, no caso dele não ter sido atingido, se tenha procedido de acordo com as regras da arte médica, cuja violação pode dar lugar à tipicidade culposa de lesões [...] ou mesmo homicídio. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 557)

De forma semelhante, mas com fundamento distinto, o vetor da teoria da imputação objetiva de Claus Roxin caracterizado pelo 'risco permitido' também tem sido cogitado como sendo passível de albergar condutas que, numa concepção tradicional, seriam aferidas no âmbito da antijuridicidade.

As situações que estariam albergadas pelas excludentes de antijuridicidade seriam casos concretos envolvendo a atuação do agente sob o manto do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito.

Importante mencionar que o próprio Claus Roxin não tratou, expressamente, sobre a imputação objetiva como apta a para atrair referidas discriminantes para análise dentro do fato típico tendo por base a atuação sob o vetor 'risco permitido'.

O que fez Roxin (2002) ao lançar as bases do funcionalismo através da obra 'Política criminal e sistema jurídico-penal' foi tratar das causas de justificação de forma genérica, entendendo que "É a partir desta função político-criminal que deve ser levada a cabo a sistematização da antijuridicidade" (ROXIN, 2002, p. 52), exemplificando situações atinentes à legítima defesa e ao estado de necessidade (inclusive o supralegal). Nesse sentido, Roxin (2002) afirmou que as causas de justificação

[...] cuja função político-criminal foi há pouco definida como solução social de conflitos, devemos, primeiramente, reconhecer que a realidade empírica subjacente a esta categoria do delito se diferencia sobremaneira da que fundamenta os tipos. É através das causas de justificação que a dinâmica das modificações sociais adentra na teoria do delito (ROXIN, 2002, p. 48-49).

Assim, a função político-criminal abrange até mesmo as causas de justificação, conforme observa Roxin, permanecendo como excludentes de antijuridicidade. Porém, o próprio Roxin sinaliza que seja avaliado o consentimento do ofendido⁷⁴ sob a perspectiva da excludente de tipicidade.⁷⁵

⁷⁴ Ao tratar do comportamento da vítima, Roxin (1976) exemplifica que "[...] tampouco se pode impor uma pena por imprudência se a vítima se recusar a receber um auxílio ainda possível. Se A, agindo distraidamente, lesiona B e este rejeita por razões religiosas a transfusão de sangue que o salvaria, A não pode ser responsabilizado pela morte de B; pois, como A não podia materialmente nem

Roxin atém-se, entretanto, às causas justificantes (ROXIN, 2002, p. 48-67), não tratando, de forma expressa, das excludentes de antijuridicidade permissivas, obrigadas ou fomentadas pelo Estado, caracterizadas pelo estrito cumprimento de dever legal e pelo exercício regular de direito.

Diante das interpretações possíveis para aplicação da teoria da imputação objetiva é possível cogitar-se, portanto, sua incidência no âmbito das excludentes de antijuridicidade permissivas, como é o caso da violência esportiva, intervenções médico-cirúrgicas e ofendículos.⁷⁶ Se avaliada pela doutrina nacional, referidas condutas seriam caracterizadas como excludentes de antijuridicidade do exercício regular de direito.

Destaque-se que não seria concebível que o Estado aquiescesse com os riscos de determinadas ações, como ocorrem, por exemplo, nas práticas esportivas, nas ações de um oficial de justiça ou mesmo em uma cirurgia realizada por um médico para fim terapêutico ou mesmo as de caráter voluptuário (a exemplo as estéticas), e ao mesmo tempo incrimine referidas condutas, tornando-as típicas. Por esta razão, é razoável a defesa segundo a qual se consideram atípicos (e não antijurídicos) o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal, sob o enfoque da teoria da imputação objetiva, já que o agente estaria atuando albergado pelo risco permitido.

Avançando a outras justificantes, Juarez Cirino dos Santos (2008) afirma que nos casos de estado de necessidade ou de consentimento do ofendido, quando há redução do risco, a situação poderia ser resolvida pela atipicidade do fato e não como excludente legal ou supralegal de antijuridicidade. Assim se manifesta o autor:

tampouco estava autorizado a obrigar a B a consentir no tratamento curativo, ele não deveria suportar as consequências da recusa de B em consentir.” (ROXIN, 1976, p. 188, tradução nossa). Texto original traduzido para o espanhol: “[...] tampoco se puede imponer una pena por imprudencia si la víctima se niega a recibir un auxilio que todavía es posible. Si A, por actuar distraídamente, lesiona a B y éste rechaza por motivos religiosos la transfusión sanguínea que le hubiera salvado, no se puede hacer responsable a A de la muerte de B; pues como A ni podía materialmente ni tampoco le estaba permitido obligar a B a que consintiera en el tratamiento curativo, tampoco debe soportar las consecuencias de la negativa de B a prestar su consentimiento.”

⁷⁵ Afirma Roxin (2002) que “Está claro que, desta perspectiva, o consentimento deve ser visto não como causa de justificação, mas como excludente de tipicidade”. (ROXIN, 2002, p. 52).

⁷⁶ Rogério Greco (2016) destaca que há, na doutrina, parcela que considera os ofendículos como situação de legítima defesa preordenada (Nelson Hungria) e parcela que a considera como um exercício regular de um direito (Aníbal Bruno). (GRECO, 2016, p. 469). No mesmo sentido afirma Damásio (2013) que “[...] adotada a teoria da imputação objetiva, a predisposição do ofendículo é atípica, sem prejuízo do reconhecimento da legítima defesa preordenada na hipótese de agressão.” (DAMÁSIO, 2013, p. 440).

Situações de redução de risco também podem ser resolvidas no âmbito da antijuridicidade, justificadas pelo estado de necessidade ou pelo consentimento presumido do ofendido, mas esse critério pressupõe definir como típicas ações que melhoram a situação do bem jurídico protegido, o que parece impróprio. Hipóteses de redução do risco nos limites entre exclusão da atribuição típica e ação justificada aparecem nas situações de substituição de um perigo por outro menos danoso para a vítima: o bombeiro lança a criança da janela superior da casa em chamas, ferindo-a gravemente, mas salvando-a de morte certa pelo fogo. (SANTOS, 2008, p. 132).

Embora Zaffaroni e Pierangeli (2002) não aquiesçam quanto a teoria da imputação objetiva, referidos autores, ao tratarem de um exemplo relacionado à intervenção cirúrgica para fins terapêuticos, afirmam que tal se caracteriza pela “[...] conservação ou restabelecimento da saúde, ou então a prevenção de um dano maior ou, em alguns casos, a simples atenuação ou desaparecimento da dor.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 550). Nesta ótica, é possível que haja reflexões sobre a imputação objetiva fazendo refutar a tipicidade de um crime sob a justificativa da atuação dentro do risco permitido ou mesmo com foco na diminuição de um risco, a depender do caso concreto.

Assim, no caso de intervenção médica com fim terapêutico ou voluptuário, conduta fomentada pelo direito, a ação do médico é atípica, sob o ponto de vista da tipicidade conglobante e, no contexto, teria atuado o profissional exercendo sua atividade dentro do risco permitido pelo direito ou mesmo diminuindo o risco, razão por que a aplicação da teoria da imputação objetiva, que permitiria refletir sobre a excludente de tipicidade, é situação que se cogita.

Outro fato que merece reflexão é a aplicação da tipicidade conglobante em relação às lesões decorrentes de atividades desportivas, quando se retira a conduta da causa justificante caracterizada pelo exercício regular de direito para considerá-la uma conduta atípica. Isso ocorre, para a tipicidade conglobante, porque se a legislação desportiva fomenta a atividade, desde que praticada dentro dos limites dos regulamentos, ainda que gere dano, não poderia o direito penal incriminar a conduta considerando-a típica.

Nesse sentido, também se cogita sobre a aplicação da teoria da imputação objetiva para considerar referida conduta como atípica, já que tal fato relacionado às lesões decorrentes de atividades desportivas estaria abarcado pelo risco permitido, uma das vertentes da teoria em comento.

Desta feita, argumenta-se, ainda que em linhas propedêuticas, no sentido de refletir sobre a possibilidade de se considerar não apenas a tipicidade conglobante como hipóteses a tornar condutas atípicas, mas também fazer incidir os termos da imputação objetiva para tratar da atipicidade das normas permissivas. Isso por que o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito, em razão de argumentos relacionados ao risco permitido ou mesmo diminuição do risco, podem ser atraídos para o âmbito da tipicidade em aplicação da teoria da imputação objetiva nos termos delineados por Claus Roxin.⁷⁷

Assim, em decorrência da atuação no âmbito de proteção da norma ou mesmo em razão do risco permitido, vertentes da teoria da imputação objetiva, argumenta-se pela exclusão da tipicidade das condutas praticadas no estrito cumprimento de um dever legal ou no exercício regular de um direito, como forma de conferir atipicidade de fatos que estariam albergados, pela perspectiva do Código Penal, nas excludentes de antijuridicidade ou, ainda, pela doutrina, como fatos atípicos como se verifica pela perspectiva da tipicidade conglobante de Zaffaroni.

Se o alcance do tipo penal é determinado pela norma do injusto penal, razoável permitir a migração de condutas normativas, sob o ponto de vista da obrigação ou fomento por parte do ordenamento, as quais saem das excludentes de antijuridicidade e migram para as excludentes de tipicidade, com foco na teoria da imputação objetiva.

Destarte, se a ação eventualmente perigosa é fomentada ou obrigada pelo Estado, o agente estaria albergado pelos ditames do risco permitido, tornando atípica sua conduta. Roxin afirma que se

[...] ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. (ROXIN, 2006, p. 109).

⁷⁷ Damásio de Jesus (2003), ao tratar da natureza jurídica e efeitos da ausência da imputação objetiva, se seria exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade, afirma que “A teoria da imputação objetiva implica, também, uma larga reestruturação das causas excludentes da antijuridicidade. Inúmeras são as situações que não se apresentam bem resolvidas pela doutrina clássica e que podem ser mais bem equacionadas. Aplicada a teoria da imputação objetiva, uma conduta que não crie um risco juridicamente reprovável e relevante, não gera adequação típica, i.e, não perfaz nenhum tipo incriminador [...]. Há situações que, tratadas como casos ligados à ausência de antijuridicidade pela doutrina tradicional, são disciplinadas pela teoria da imputação objetiva no terreno da tipicidade, como nos temas da violência esportiva, intervenções médico-cirúrgicas e ofendículos, disciplinados pela teoria tradicional no campo do exercício regular de um direito.” (JESUS, 2003, p. 59).

Cumpra esclarecer que a tipicidade conglobante delineada por Zaffaroni e Pierangeli remetem à exclusão da tipicidade do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito, que deixam de ser causas de justificação para figurarem como fatos atípicos. De forma semelhante, mas com fundamento diverso, cogita-se sobre a teoria da imputação objetiva como capaz de atrair para a análise das referidas excludentes no fato típico, mas valendo-se da base normativa caracterizada pelo risco permitido.

Note-se que pela simples relação de causa e efeito temos satisfeita a subsunção do fato à norma e, por consectário, a tipicidade. Nesse sentido, relega-se às causas de justificação eventual excludente para desconsiderar a prática do crime, seja pelo exercício regular de direito, seja pelo estrito cumprimento de um dever legal. Porém, em razão da cadência dos elementos do crime cuja estratificação mais assente percorre a tríade fato típico, antijurídico⁷⁸ e culpável, razoável refletir que se considerem elementos normativos no próprio fato típico e argua-se a viabilidade da atipicidade do fato e não a excludente de antijuridicidade.

Ao tratar do risco permitido como elemento normativo da teoria da imputação objetiva, verifica-se que há atividades que, embora possam ocasionar resultado lesivo, o agente está albergado pelo risco permitido criado, a exemplo do que ocorre com um praticante de esportes perigosos, como lutas. Nesse sentido, pela doutrina tradicional o fato seria típico, reservando à norma permissiva a juridicidade decorrente do exercício regular de direito. Ocorre, porém, que tal como se observa na diminuição do risco, a realização de um risco permitido, pela teoria em comento, tornaria o fato atípico.

Tratar de referidos assuntos sob a perspectiva da imputação objetiva é crucial para a pesquisa em comento, já que os estudos buscam aferir se a dignidade da pessoa humana é fundamento para a aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da polícia judiciária e, caso o seja, a análise da tipicidade de forma ampla deve ser realizada pela autoridade de polícia judiciária, o que abrange a discussão das referidas excludentes no próprio âmbito da tipicidade.

⁷⁸ De acordo com Cláudio Brandão (2014), “Na teoria de Binding, o Tatbestand é engendrado em função da lei, enquanto a antijuridicidade (Unrechts) é engendrada em função da norma. Sempre que houver divergência entre a ação ou omissão do homem e o comando que ele estava obrigado a seguir, em face da norma, a ação será considerada como contrária ao direito, isto é, será antijurídica. Assim, a antijuridicidade não é a violação da lei, mas sim a violação da norma.” (BRANDÃO, Cláudio. 2014, p. 78).

3.5 A teoria da imputação objetiva na perspectiva preconizada por Günther Jakobs

Conforme discorrido em síntese histórica sobre a teoria da imputação objetiva, a vertente do funcionalismo estratégico, conhecido também por funcionalismo radical ou funcionalismo da Escola de Bonn, teve como expoente o jurista Günter Jakobs.

Os estudos apresentados por Jakobs foram subsidiados pelas obras de Niklas Luhmann, um sociólogo alemão que escreveu sobre teorias sociais no século XX e que trabalhava com a ideia de 'sistemas autopoieticos',⁷⁹ caracterizados pela autorreprodução de uma espécie (PRADO, 2010, p. 110).

Cabe destacar que o cerne da teoria de Luhmann é a comunicação, que tem por fim organizar a relação existente entre o sistema, o qual representa a comunicação em si de forma concatenada; e o ambiente, que representa o entorno onde se operam as relações do sistema. Para Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicação que possui suas próprias regras, tal como um sistema biológico (TAVARES, 2003, p. 53-54).

Nesse sentido, para Luhmann o direito é um sistema que minimiza o conflito de comunicação entre os seres humanos, permitindo que expectativas com base no imprevisível sejam substituídas pela previsibilidade (TAVARES, 2003, p. 63-64).

Valendo-se dos ensinamentos de Luhmann, Jakobs pende ao funcionalismo sistêmico, alocando o direito penal como um sistema autônomo dentro da sociedade e que deve cumprir o papel a que é destinado, ou seja, punir àquele que viola suas normas tendo em vista que tal comportamento afronta as expectativas normativas. A punição seria, portanto, um elemento estabilizador do sistema e, por consectário, da própria essência contida na norma.⁸⁰

⁷⁹ Juarez Tavares afirma que "A ideia de um organismo orientado sistematicamente parece haver partido de Maturana, o qual criou o termo autopoiese para designar uma forma de autoprodução de sistema.", mencionando a obra de Humberto Maturana – Ontologia da realidade. (TAVARES, Juarez. 2003, p. 53).

⁸⁰ Nesse sentido, afirma Fernando Galvão da Rocha que: "Luhmann ressaltou que as possibilidades do comportamento humano são muitas e que ainda são potencializadas pela complexidade da sociedade em que vive. Como o homem interage com os demais, diante da presença dos outros, não sabe ao certo o que pode esperar do outro, nem o que o outro pode esperar dele. Por isto, é fundamental que as expectativas de comportamento sejam claras e estabilizadas. Antes de considerar a teoria dos sistemas autopoieticos (autorregulados), Luhmann sustentou que são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o comportamento humano e a interação social, reduzindo a complexidade da sociedade de modo a tornar a vida mais previsível e

Afirma Jakobs que “[...] a pena é uma amostra da validade da regra à custa de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena ainda não cumpriu sua tarefa com esse efeito, mas apenas com a estabilização da norma prejudicada.” (JAKOBS, 1997, p. 9, tradução nossa).⁸¹

Assim, Jakobs se afasta do finalismo de Hans Welzel e afirma que a pena tem por fito garantir as expectativas sociais. Uma norma violada deve redundar na punição do seu violador, já que a pena seria uma espécie de reafirmação do próprio ordenamento, mantendo sadio o sistema. Deve-se recordar que Jakobs é expoente e defensor do criticado direito penal do inimigo.

Jakobs menciona quatro situações que excluem a aplicação da teoria da imputação objetiva, conforme também destaca Rogério Greco (GRECO, 2016, p. 349), assim dispostas:

- 1 – Risco permitido
- 2 – Princípio da confiança
- 3 – Proibição de regresso
- 4 – Competência – ou capacidade - da vítima (Consentimento do ofendido e ações a próprio risco)

Nesse sentido afirma Jakobs (2000) em sua obra ‘A imputação objetiva no direito penal’:

menos insegura. Os sistemas sociais (incluindo o direito) são constituídos para assegurar estas expectativas, fornecendo aos homens modelos de comportamentos que direcionam suas expectativas em relação aos demais. Luhmann fez distinção entre as expectativas cognitivas e as normativas. As expectativas cognitivas dizem respeito ao conhecimento da realidade natural e, quando desapontadas, deixam de existir ou se adaptam. As expectativas normativas, por outro lado, exigem reafirmação quando de sua violação. A expectativa normativa se mantém apesar de sua violação pelos fatos (contrafaticamente). A expectativa é considerada adequada e sua violação gera a exigência de adaptação da realidade à expectativa. Com base nestas noções, Luhmann concebeu a norma jurídica como uma expectativa de comportamento estabilizada contrafaticamente. Como as expectativas normativas não podem ser constantemente desapontadas, pois acabariam perdendo a credibilidade, o desapontamento deve gerar uma reação que reafirme a validade da norma violada. A intervenção punitiva do Direito Penal constitui uma das possíveis reações que cumprem a função de reafirmar a validade da norma. Por isso, o sistema de Jakobs substitui os elementos ontológicos, sobre os quais se edificaram o sistema clássico e o finalista, pelo conceito normativo de responsabilidade pela infração à norma, sustentando que a missão da pena (Direito Penal) não é a proteção de bens jurídicos, mas a reafirmação da vigência da norma jurídica. Jakobs define a pena como uma mostra da vigência da norma para o responsável por sua violação. Para a verificação concreta da violação à norma Jakobs sustentou a necessidade de considerar o papel que cada indivíduo exerce na sociedade e as expectativas que lhe são dirigidas, posto que cada um deve ser garante apenas das expectativas que sobre si recaem.” (ROCHA, 2011, p. 195-196).

⁸¹ [...] La pena hay que definirla positivamente: És una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.

Deste modo, fica esboçado o traslado da idéia do comportamento social, como comportamento vinculado a papéis, a quatro instituições jurídico-penais: 1) risco permitido, 2) princípio de confiança, 3) proibição de regresso, 4) competência (capacidade) da vítima. (JAKOBS, 2000, p. 31).

O próprio Jakobs (2000) não se posiciona de maneira cabal sobre a relevância de apenas excluirmos da imputação objetiva os quatro institutos apresentados por ele ou mesmo se seria necessário fragmentá-los ou, ainda, se a subdivisão é necessária ou se seria viável um menor nível de detalhamento (JAKOBS, 2000, p. 31).

Em relação à vertente risco permitido, Jakobs afirma que a sociedade em si e seu consequente desenvolvimento é cercada de riscos, tal como ocorre com o tráfego de veículos ou nos mínimos contatos entre os seres humanos.⁸² Esses riscos são necessários à vida em sociedade, da qual ninguém deseja seriamente renunciar.

Desta forma, se as pessoas cumprem os seus papéis sociais, ainda que as condutas eventualmente criem riscos aos bens jurídicos, ao atuarem no âmbito dos termos acordados socialmente o fazem dentro do risco permitido, o que impede, segundo Jakobs, a imputação do resultado. Se a ação está circundada pelo risco permitido, eventual fato nesse contexto será tido como obra do acaso.

Quanto ao princípio da confiança como vertente apontada por Jakobs (2000, p. 26-27) para afastar a imputação do resultado, entende-se que viver em sociedade pressupõe a confiança nas pessoas no sentido de que cumpram os seus papéis triviais, até porque seria inviável a fiscalização de todo comportamento feito por todo mundo sem o mínimo de confiança. Assim, em exemplos trazidos pelo próprio Jakobs, um cirurgião confia que os instrumentos utilizados em uma cirurgia tenham sido adequadamente esterilizados ou, ainda, nos casos de observância das regras de trânsito por todos que trafegam pelas ruas.

⁸² Jakobs (2000) afirma, quanto aos riscos normais de viver em sociedade, que “Qualquer contato social implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista tráfego, seja inevitável; um alimento que alguém serviu pode estar em um mau estado sem que tenha sido possível dar-se conta disso; uma anestesia medicamente indicada, e aplicada conforme a *lex artis*, pode provocar lesão; uma criança pode sofrer um acidente a caminho da escola, ainda que se estabeleçam medidas de segurança adequadas, e, ao menos para pessoas de idade avançada, pode ser que um determinado acontecimento, ainda que motivado pela alegria, seja demasiado excitante.” (JAKOBS, 2000, p. 34).

Destarte, eventual resultado não poderá ser imputado àquele que agiu sob o manto do princípio da confiança de que todos cumprirão os papéis que lhes são designados socialmente.

Em relação à proibição de regresso como vertente que limita a imputação de um crime a uma pessoa, na concepção de Jakobs, se cada um cumpre estritamente o seu papel social, mesmo que sua conduta contribua para eventual infração praticada, o resultado não lhe poderá ser imputado. Clássico é o exemplo do padeiro apresentado por Jakobs (2000, p. 27), o que só reafirma sua concepção que dá acentuada importância aos papéis sociais exercidos por cada um. Neste exemplo, segundo Jakobs, determinada pessoa, visando envenenar outra, vai até o padeiro e adquire um pão para adicionar-lhe veneno e perseguir seu objetivo *necandi*. Ainda que o padeiro saiba das pretensões homicidas do autor, o fato de vender pão não o inclui na trama criminosa, já que o seu papel social é esse: vender pães. Por isso a proibição de regresso proposto por Jakobs, vez que se aplicado processo hipotético de eliminação de Thyrén o padeiro seria invariavelmente culpado no mínimo a título de participação no delito, verificada a sua atuação de acordo com análise do elemento subjetivo de sua conduta.⁸³

Ao tratar da competência da vítima, entendida por capacidade da vítima, Jakobs reúne duas situações distintas, quais sejam: consentimento do ofendido e ações a próprio risco.

Se a vítima, com capacidade para consentir, assente ao proposto pelo autor, não se pode falar em responsabilização deste, ao que Jakobs traz como exemplo o caso do médico que desliga os aparelhos de um moribundo quando as medicações já não mais são indicadas pela medicina.⁸⁴

Referindo-se às ações de próprio risco, Jakobs trata das infrações dos deveres de autoproteção e as ações de própria vontade. Da mesma forma que o

⁸³ Jakobs (2000) já adverte sobre os limites da proibição do regresso, aduzindo que “Os limites da proibição de regresso podem ser discutidos. Entretanto, este princípio deve ser aceito por quem pretenda seguir garantindo que a liberdade de perseguir os respectivos fins próprios não se afogue na massa dos possíveis contatos sociais.” (JAKOBS, 2000, p. 28).

⁸⁴ Nesse sentido afirma Jakobs: “O caso provavelmente mais importante dentro desse campo se refere à medicina, no âmbito dos cuidados intensivos: é lícito suspenderem-se determinadas prestações que se realizam por meio de aparelhos que conservam a vida do paciente quando ditas prestações já não estejam indicadas medicamente. Nessas hipóteses, ainda que a desconexão dos aparelhos, é dizer, um atuar positivo, tenha efeitos causais a respeito da morte do paciente, ao médico se mantém dentro de seu papel e não se atribui uma atividade alheia; pelo contrário, constitui uma fatalidade do paciente o fato de estar posicionado de uma maneira propensa a sofrer o dano.” (JAKOBS, 2000, p. 30).

agente não pode comportar-se de modo arriscado sem assumir as consequências do próprio risco, a vítima, ao assumir os riscos, assume também as consequências que lhes são imanentes (JAKOBS, 2000, p. 31). Exemplo mencionado por Rogério Greco (2016, p. 352) quanto a esta vertente de Jakobs, é daquele que pratica esportes radicais, que sabe dos riscos que corre, não podendo ser imputado a eventual instrutor uma responsabilidade que não ultrapasse a condição normal do próprio risco ligado à prática do esporte.

Vale destacar que trazer as considerações de Jakobs para a presente obra, não obstante a grandeza intelectual do referido autor, centrou-se na necessidade de se fazer um contraponto à teoria preconizada por Claus Roxin, um excuro importante, vez que Jakobs, ao desenhar sua teoria com base nos sistemas e nos papéis sociais exercidos por cada um, verte seu arcabouço teórico para meras expectativas confiadas à sociedade.

Nesse sentido, o autor destaca que o desvio, com a consequente imposição de pena, tem por finalidade a reafirmação da norma e a confiança no sistema. A norma resta, para Jakobs, mais importante que o próprio bem jurídico, que deveria ser o centro para o qual o direito penal lança seus tentáculos visando proteger àqueles bens que são mais caros para a saudável vida em sociedade.

Importante lembrar que na esteira de um direito que preze pela dignidade da pessoa humana, o funcionalismo de Jakobs está longe de representar um modelo ideal de aferição da imputação de um crime, já que seu foco encontra-se centrado na manutenção do sistema e isso acaba por favorecer a incidência de um direito penal máximo. Ao revés, Roxin, com sabedoria peculiar, traz como substrato de sua defesa da imputação objetiva a proteção do bem jurídico, com base na política criminal, concepção que vai ao encontro do que a própria Constituição Federal e o Código Penal materializam ao selecionar a defesa dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade cominando pena em caso de violação aos seus preceitos.

3.6 Distinção entre relação de causalidade e imputação do resultado

Inicialmente é importante destacar que a causalidade tem por fito apurar se uma determinada condição é ou não causa de um resultado, estabelecendo uma relação de causa e efeito caracterizadora do nexo causal.

Já a imputação visa perscrutar se o resultado pode ou não ser atribuído ao agente, criando-se critérios normativos que conduzem a uma imputação para aquele que realmente teve o condão de violar o bem jurídico protegido pela norma penal.

Juarez Cirino dos Santos (2008) faz esclarecedora distinção entre causalidade e imputação, assim discorrendo:

[...] não parece mais possível confundir questões de causalidade e questões de imputação do resultado, como ainda faz a dogmática tradicional: a distinção entre causação e imputação do resultado, fundada na diversidade dos processos naturais de determinação causal (causação do resultado) e dos processos valorativos de atribuição típica (imputação do resultado), já está incorporada ao sistema conceitual da dogmática penal contemporânea. (SANTOS, 2008, p. 120).

Prossegue Juarez Cirino (2008) afirmando que:

[...] a imputação do resultado deve ser decidida pelo critério da realização do risco, formulado pela teoria da elevação do risco (Risikoerhöhungslehre) de ROXIN, cada vez mais difundida na moderna literatura jurídico-penal como critério de atribuição do tipo objetivo: a relação de causalidade é o primeiro, mas não o único pressuposto de imputação objetiva do resultado típico. (SANTOS, 2008, p. 120-121).

O que demonstra a necessidade da relação de causalidade para a constatação da causação do resultado não é suficiente para que reste demonstrada a imputação do resultado. Wessels (1980) afirma que:

Nos crimes de resultado, a existência da relação causal é o pressuposto mais importante, mas não o único, da imputação do resultado. A base da imputação objetiva do resultado socialmente prejudicial é a causalidade da ação em relação à produção do resultado típico, mas nem toda causa é legalmente relevante para os propósitos do fundamento da responsabilidade criminal. [...] é necessário distinguir, dentro da realização do tipo, entre a questão empírica da causa do resultado e a imputação objetiva do resultado que deve ser julgada normativamente. A verificação da relação causal é apenas um recurso para a questão da imputação do resultado que deve ser ajustado ao final da norma. (WESSELS, 1980, p. 52, tradução nossa).⁸⁵

⁸⁵ En los delitos de resultado, la existencia de la relación causal es el presupuesto más importante, pero no el único, de la imputación del resultado. Base de la imputación objetiva del resultado socialmente perjudicial es la causalidad de la acción respecto de la producción del resultado típico, pero no toda causación es jurídicamente relevante a los fines de la fundamentación de la responsabilidad penal. [...] hay que distinguir, dentro de la realización del tipo, entre la cuestión empírica de la causación del resultado y la imputación objetiva del resultado que debe juzgarse normativamente. La comprobación de la relación causal es tan sólo un recurso para la cuestión de la imputación del resultado que debe ajustarse al fin de la norma.

Cláudio Brandão (2019, p. 106), ao mencionar a teoria da imputação objetiva, afirma que o princípio do risco é aferido após o nexos de causalidade, que poderá ser excluído na análise do caso concreto, reconhecendo-se, por conseguinte a atipicidade da conduta.

Fernando Galvão da Rocha (2000) afirma que

[...] importa ao sistema repressivo resolver se existe ligação entre a conduta humana e o resultado lesivo, de modo a justificar a imputação desse resultado ao autor da conduta. A responsabilidade penal depende dessa imputação, e o reconhecimento da causalidade jurídico-penal visa identificar em determinada conduta a possibilidade de responsabilizar seu autor pela produção do resultado ilícito. (ROCHA, 2000, p. 37).

Arremata Galvão (2000) aduzindo que

Pode-se distinguir causalidade material de imputação objetiva. A relação de causalidade material relaciona uma conduta a um determinado resultado no plano naturalístico e constitui pressuposto para a imputação objetiva nos crimes materiais. A definição do critério a ser utilizado para estabelecer a vinculação resulta de opção político-criminal, que acolhe qualquer das diversas teorias elaboradas para a determinação da causalidade. A imputação objetiva, por sua vez, é atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar sua responsabilização. (ROCHA, 2000, p. 38).

Desta feita, enquanto a causalidade é orientada para critérios de causa e efeito, típico da aferição do nexos causal, a imputação está orientada por critérios que aclaram sobre a existência ou não de liame entre o agente e o resultado.

Em relação aos crimes omissivos impróprios, ainda que ausente a causalidade física, é possível argumentar pela imputação objetiva diante da existência de causalidade normativa, que estabelece o vínculo do não fazer com o resultado.

Relevante observar, por fim, que a imputação objetiva representa elemento normativo do tipo objetivo exigindo-se, para caracterização da responsabilidade pelo fato cometido, que também se observe o elemento subjetivo.

3.7 Críticas à teoria da imputação objetiva

Há diversos doutrinadores que não concebem a viabilidade prática da teoria da imputação objetiva afirmando, em regra, que a aplicação da teoria da

equivalência dos antecedentes seria suficiente para suprir as situações relativas à relação de causalidade. Para estes, a teoria da imputação objetiva serve para situações casuísticas, não garimpando relevância suficiente para o escopo a que supostamente veio a sanar.

Damásio de Jesus, que após a 26^a edição de seu livro *Direito Penal, Parte Geral*, publicada no ano de 2003, tornou-se partidário da teoria da imputação objetiva,⁸⁶ afirma que dentre as críticas formuladas pela doutrina nacional, as principais referem-se à falta de aplicação prática, alegada por alguns, o que refuta apontando autores que dizem ser uma teoria relevante para a aplicação em casos concretos (JESUS, 2003, p. 36-37); à desnecessidade da teoria da imputação objetiva, uma vez que as soluções que ela apresenta podem ser encontradas em outros planos da dogmática penal, mas o autor também refuta alegando que há casos não solucionados pelas doutrinas causalista e finalista (JESUS, 2003, p. 38); ao desprezo pelas categorias subjetivas do tipo, como discorridas por Régis Prado e Érica Carvalho, mas já afastadas pelos argumentos do próprio Roxin abaixo delineados, segundo os quais não se dispensa da análise do tipo subjetivo, embora lhe seja posterior (JESUS, 2003, p. 38-41); ao risco à segurança e distanciamento da teoria garantista do Direito Penal, também centrada no suposto desprezo da teoria da imputação objetiva ao tipo subjetivo, refutada tanto pelos argumentos segundo os quais a teoria é precedente à análise do tipo subjetivo, que poderá ser utilizada se necessário for e, ainda, pelo fato de que a adoção da teoria da imputação objetiva é uma reafirmação da própria teoria garantista por se tratar de método hermenêutico mais célere (JESUS, 2003, p. 41-44).

De acordo com César Roberto Bitencourt (2011), “[...] a única certeza, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a incerteza dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar!” (BITENCOURT, 2011, p. 298), não se opondo às investigações sobre o tema, mas recomendando “[...] cautela e muita reflexão no que se refere aos

⁸⁶ Nota do jurista Damásio de Jesus (2013) à 26^a edição de seu livro *Direito Penal, Parte Geral*: “Adotamos, a partir da 26.^a edição (2003), a teoria da imputação objetiva, sem abandonar alguns princípios do finalismo, do qual continuamos a sustentar o dolo e a culpa no tipo, o erro de tipo e de proibição etc. Paulatinamente, passamos a introduzi-la, indicando, em primeiro lugar, a solução da doutrina clássica para, depois, colocar os seus princípios. Assim, o leitor terá, em alguns casos, uma visão do nosso pensamento antes e após a adoção da teoria da imputação objetiva.” (JESUS, 2013, p. 5).

progressos e resultados miraculosos sustentados por determinado segmento de aficionados de tal teoria.” (BITENCOURT, 2011, p. 298).

Prossegue Bitencourt (2011) em suas críticas afirmando que a teoria em estudo resta espaço e importância reduzidos,⁸⁷ além de destacar que:

A teoria da imputação objetiva não tem a pretensão de resolver a relação de causalidade, tampouco de substituir ou eliminar a função da teoria da *conditio sine qua non*; objetiva não mais que resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, ou, em outros termos, pretende fazer prevalecer um conceito jurídico sobre um conceito natural (pré-jurídico) de causalidade; (BITENCOURT, 2011, 296-297).

Talvez seja exatamente como forma de demonstrar a insuficiência da relação de causalidade, como apontado por Bitencourt ao criticar a teoria em comento, é que a proeminência da imputação objetiva ganha larga aplicabilidade, já que seu escopo restritivo de imputação decorrente da mera relação de causalidade fica limitado às disposições normativas. Destaque-se que a teoria da imputação objetiva é de natureza jurídica e valorativa, não sendo pré-jurídica e não valorativa como a relação de causalidade.

Juarez Tavares (2003) afirma que

[...] a teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito. Simplesmente por não acentuarem esse aspecto, é que falham no exame do injusto inúmeras concepções que buscam fundamentá-lo. (TAVARES, 2003, p. 279).

Cláudio Brandão (2019) aduz que “[...] a imputação objetiva não alterou a solução final, no sentido de inexistência da tipicidade, da dogmática anterior a ela” (BRANDÃO, 2019, p. 107), mencionando que Welzel, em exemplos de Roxin sobre a não criação de um risco juridicamente relevante ou da diminuição do risco, já reconhecia a atipicidade do fato por inadequação da conduta ao tipo subjetivo (BRANDÃO, 2019, p. 107). Brandão (2019) prossegue afirmando não ver utilidade

⁸⁷ Nesse sentido, aponta Bitencourt (2011) que: “Com efeito, nos crimes de ação a relação de causalidade, embora necessária, não é suficiente para a imputação objetiva do resultado. Nos crimes comissivos por omissão, a imputação objetiva não requer uma relação de causalidade propriamente, mas apenas que o sujeito não tenha impedido o resultado quando podia e devia fazê-lo, em razão de sua condição de garante. A relação de causalidade não é suficiente nos crimes de ação, nem sempre é necessária nos crimes de omissão e é absolutamente irrelevante nos crimes de mera atividade; portanto, a teoria da imputação objetiva tem espaço e importância reduzidos.” (BITENCOURT, 2011, 297).

substancial na teoria em comento, assinalando que “[...] a imputação objetiva não influencia no resultado final do juízo de tipicidade, pois apenas desloca seu eixo para que o que estava regulado no âmbito do tipo subjetivo passe a sê-lo no âmbito do tipo objetivo.” (BRANDÃO, 2019, p. 108).

Zaffaroni e Pierangeli (2002), ao comentarem sobre o funcionalismo proposto por Roxin e Jakobs, afirmam que “[...] os autores que sustentam tais colocações retiram várias consequências, estas extremamente complicadas, a ponto de a teorização perder sua coerência e cair no casuísmo jurídico.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 474).

Luiz Regis Prado e Érica Mendes de Carvalho (2006) afirmam que a aferição dos critérios da teoria da imputação objetiva deve satisfazer três pressupostos fundamentais, quais sejam:

1) é preciso levar em consideração o caráter culposo ou doloso do fato, pois para saber se o resultado se insere no fim de proteção da norma é indispensável que se leve em consideração a finalidade da ação; 2) o resultado somente poderá ser imputado ao sujeito se for consequência de uma conduta proibida pela norma. Para tanto, é preciso aferir se o curso causal desencadeado pela conduta do sujeito está entre aqueles que podem ensejar uma desvalorização jurídico-penal da conduta; 3) a solução para essa questão não pode ser buscada somente no âmbito do tipo objetivo, por que a valoração deve ser buscada somente no âmbito do tipo objetivo, por que a valoração deve se conectar com aquilo que o sujeito dolosamente realizou. (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 170).

Prosseguem os autores ressaltando que

Só o método finalista, ao partir do homem como ser responsável, permite que o Direito penal cumpra sua função e seus fins, pois tão-somente o homem é influenciável pelo sentido das proibições e dos mandatos, e pode de conseguinte, realizar ou abster-se de realizar determinadas ações e, assim, evitar a lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos. (PRADO; CARVALHO, 2006, p. 176-177).

Claus Roxin (2002), defendendo-se das críticas tais como as feitas por Régis Prado e Érica Carvalho, afirmou em artigo escrito para a Revista Brasileira de Ciências Criminais que

[...] a imputação objetiva se chama ‘objetiva’ não por que circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas por que a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. (ROXIN, 2002, nº 38, p. 25).

Importante ressaltar que a teoria da imputação objetiva, como discorrido nesta pesquisa, permite a análise da tipicidade através de critérios normativos insertos no tipo objetivo, o qual precede à análise do tipo subjetivo. Assim, eventual reconhecimento da atipicidade de um fato decorrente da imputação objetiva paira na suficiência da aferição de elementos do tipo objetivo característicos da teoria em comento.

Ademais, ao perscrutar sobre a viabilidade de se aplicar a teoria da imputação objetiva visando o reconhecimento de atipicidade de um crime, caso a ação decorra do estrito cumprimento de dever legal ou do exercício regular de direito, conforme alhures aventado, resta revelada a importância da aludida teoria por reconhecer direito que somente seria viável ao se avançar na análise das excludentes de ilicitude.

4 A POLÍCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL E SEU PAPEL NA AFERIÇÃO DA TIPICIDADE PENAL DO FATO

O presente capítulo tem por escopo apresentar as principais características da polícia judiciária no Brasil e situá-la no contexto de um Estado Democrático de Direito que preze pela dignidade da pessoa humana.

Para tanto, será objeto de estudo o conceito de autoridade policial e a conexão direta entre o exercício do poder que se encontra imanente à referida autoridade e sua necessária observância aos preceitos constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, serão feitas distinções entre as expressões ‘polícia investigativa’ e ‘polícia judiciária’ de forma contextualizar o exercício desta atividade e demonstrar a relevância que ela possui quando se trata de cercear a liberdade de uma pessoa detida por suposto crime.

Nesse sentido, é trazida à discussão a base normativa que confere o reconhecimento da atividade do delegado de polícia como sendo característica de uma carreira jurídica.

Ainda, serão destacadas as principais características do flagrante delito, desde a base constitucional aos dispositivos legais e, por fim, serão apresentadas notas jurídicas do que se entende por verificação de procedência das informações, instituto passível de utilização pela autoridade de polícia judiciária e que se torna alternativa à instauração de inquéritos policiais fadados a jazer desde o seu nascedouro dado o reconhecimento de eventual atipicidade do fato.

4.1 A necessária observância da dignidade da pessoa humana pela autoridade de polícia judiciária

A recém-revogada Lei nº 4.898/65, que tratava da regulamentação do direito de representação e do processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade, conceituava em seu art. 5º que “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

A atual norma que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, Lei nº 13.869/19, aduz no art. 2º que “É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade

qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território [...]”.⁸⁸ O parágrafo único do art. 2º da referida Lei é claro ao reputar agente público

[...] todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo. (BRASIL, 2019).

Assim, autoridade é prerrogativa pública relacionada às funções estatais e é exercida pelos agentes públicos. As funções dos cargos públicos ocupados pelos agentes revelam os limites da atividade e, por consequência, da própria autoridade exercida.

O Código de Processo Penal menciona a expressão ‘autoridade policial’ ou ‘autoridades policiais’ nada menos que 49 vezes e aparenta designar o termo aos delegados de polícia. Nesse sentido, o conceito de autoridade policial não abrangeria, em tese, outras figuras do serviço público que não os detentores do cargo de delegado de polícia, como se verifica em algumas passagens do CPP.⁸⁹

A Constituição Federal apenas menciona uma única vez a expressão ‘autoridade policial’ ao tratar do direito do preso de requerer exame de corpo de delito à autoridade policial quando do Estado de Defesa, conforme art. 136, § 3º, I, CR/88.

De maneira trivial a expressão ‘autoridade policial’ tem sido utilizada para designar os delegados de polícia. Ocorre que não há dispositivo constitucional ou legal que vincule expressamente a exclusividade do termo ‘autoridade policial’ ao referido cargo. Percebe-se que a expressão ‘autoridade policial’ nada mais designa que um agente público que exerce atividade policial, seja preventiva, seja repressivamente. Fosse outro o entendimento, todas as demais carreiras policiais

⁸⁸ Referido artigo de lei dispõe que o agente público sujeito ativo do crime de abuso de autoridade compreende, mas não se limita, os servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; os membros do Poder Legislativo; os membros do Poder Executivo; os membros do Poder Judiciário; os membros do Ministério Público; os membros dos tribunais ou conselhos de contas.

⁸⁹ Nesse sentido, mencione-se como exemplos os §§ 3º e 5º do art. 5º do CPP, assim descritos: “Art. 5º [...] §3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à **autoridade policial**, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. [...] §5º Nos crimes de ação privada, a **autoridade policial** somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.” (grifo nosso).

estariam subordinadas à Polícia Civil ou à Polícia Federal, já que estas são as únicas que possuem o cargo de delegado de polícia em suas estruturas. Observa-se que a celeuma está mais centrada em disputa que o ilusório poder que a expressão 'autoridade policial' carrega do que, efetivamente, a busca pela semântica da expressão e pela efetividade prática da discussão.

Não será feito nesta pesquisa um aprofundamento teórico sobre o referido designativo 'autoridade policial', já que além de não ser o foco deste trabalho, entendemos que esta questão conceitual em nada contribui para o resguardo dos direitos e garantias fundamentais daquele que se vê alçado às sendas persecutórias do Estado.

Não obstante nosso posicionamento, assume-se aqui, para fins didáticos e com base no Código de Processo Penal, que autoridade policial é o delegado de polícia que possui, desta feita, as funções de polícia investigativa e de polícia judiciária, certamente sem a pretensão de exaurir o conteúdo das discussões.

Nesse sentido, quando do exercício das funções de polícia judiciária, na condição específica de regente do auto de prisão em flagrante (APF), o delegado de polícia é o primeiro a ter o efetivo poder de influir na liberdade da pessoa detida, já que na estratificação da prisão consistente na captura, condução coercitiva, formalização do APF e recolhimento ao cárcere, a análise das razões fáticas e sua consequente subsunção à norma penal se albergam no poder decisório desta autoridade policial.

Da análise da narrativa precedente, não é forçoso concluir que o poder da autoridade de polícia judiciária nesse mister propedêutico o coloca na condição de primeiro garantidor formal dos direitos da pessoa detida, por que não o primeiro a preservar efetivamente a dignidade da pessoa humana.

No calor dos acontecimentos, na melhor acepção de ardor do latim *flagrare*, é que a atuação da autoridade de polícia judiciária se faz presente, já que a ela está encerrada a decisão de não apenas ratificar a voz de prisão em flagrante, mas também conceder a liberdade mediante fiança ou, ainda, a nosso sentir, reconhecer a atipicidade formal ou material do fato em lúdima preservação das garantias penais do acusado.

Destarte, à autoridade policial é reservada uma peculiar atividade consistente em efetivamente garantir todos os direitos de uma pessoa presa que, trazida à sua discricionariedade decisória, pode ser liberta de uma angustiante *persecutio criminis*

que estaria prestes a fazer em decorrência da inexistência de crime aferida pela avaliação fática e jurídica do caso.

Refletir sobre a atuação da autoridade de polícia judiciária quanto ao mister de avançar na análise do caso em seus aspectos formal e material é crucial para se reconhecer que o detido tem o direito de ter sua dignidade preservada, o que inclui não ser preso, não ser indiciado e até mesmo não ter contra ele instaurado um inquérito policial quando se vislumbra a atipicidade do fato.

4.2 Polícia investigativa e polícia judiciária

A definição de polícia investigativa e de polícia judiciária tem importância no estudo do tema visando aclarar as distinções existentes e a aplicabilidade prática efetivada por seus operadores.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que poder de polícia é “[...] prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2018). Prossegue o jurista fazendo distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, assim destacando:

A Polícia Administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º ss) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador. Outra diferença reside na circunstância de que a Polícia Administrativa incide basicamente sobre atividades dos indivíduos, enquanto a polícia judiciária preordena-se ao indivíduo em si, ou seja, aquele a quem se atribui o cometimento de ilícito penal. (CARVALHO FILHO, 2018).

Carvalho Filho (2018) ainda acrescenta que a polícia administrativa também possui caráter essencialmente preventivo e a polícia judiciária é marcada por atuação repressiva.

Di Pietro (2017) destaca, ao estabelecer a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, que “A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.” (DI PIETRO, 2017). Percebe-se que a conceituação de polícia judiciária pelo Direito Administrativo não encontra estreita consonância

com o disposto na Constituição Federal, conforme será mais bem esclarecido adiante.

O Código de Processo Penal, em seu art. 4º, estatui que “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Por consectário, a disposição do *codex* tornou indistintas as expressões ‘polícia judiciária’ e ‘apuração das infrações penais e da sua autoria’.

Já a Constituição Federal, em seu art. 144, §1º, incisos I e IV, e §4º, dispõe que:

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - **apurar infrações penais** contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as **funções de polícia judiciária** da União.

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, **incumbem**, ressalvada a competência da União, as funções de **polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares. (grifo nosso).

O art. 2º, caput, da Lei nº 12.830/13, à semelhança do texto constitucional, aduz que: “As funções de **polícia judiciária e a apuração de infrações penais** exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.” (grifo nosso).

Desta feita, não obstante o Código de Processo Penal disponha que a polícia judiciária tem por fim a apuração de infrações penais e da sua autoria, não parece ter sido este o escopo da Constituição Federal,⁹⁰ já que a Lei Maior distingue referidas funções tornando-as autônomas, tal como na sequência o fez a Lei 12.830/13.

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2015) assim pontuam quanto à definição de polícia judiciária:

⁹⁰ Denilson Feitoza (2010) relembra que “[...] as *funções de polícia judiciária* não se confundem com as funções de *apuração de infrações penais*. Para a Constituição Federal, cujo texto passou pela revisão gramatical de um dos maiores especialistas brasileiros de todos os tempos, as duas funções são distintas. Assim, conforme vimos no item 5.3, podemos distinguir polícia judiciária, de um lado, e polícia investigativa, investigante ou investigadora, de outro.” (FEITOZA, 2010, p. 203).

De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para apuração da autoria e da constatação da materialidade delitiva [...]. No que nos interessa, a polícia judiciária tem a missão primordial de elaboração do inquérito policial. Incumbirá ainda à autoridade policial fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; cumprir os mandados de prisão e representar, se necessário for, pela decretação de prisão cautelar (art. 13 do CPP). (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 104).⁹¹

Guilherme de Souza Nucci (2016), ao expor sobre o tema, afirma que:

O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro. (NUCCI, 2016).

Importante ressaltar que não existe um órgão denominado polícia judiciária. O que existe são polícias que têm, como uma de suas funções, o exercício da polícia judiciária.

Renato Brasileiro de Lima (2017) distingue a polícia investigativa da polícia judiciária, assim afirmando:

Como se percebe, a própria Constituição Federal estabelece uma distinção entre as funções de polícia judiciária e as funções de polícia investigativa. Destarte, por funções de polícia investigativa devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. A expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas, etc. Por se tratar de norma hierarquicamente superior, deve, então, a Constituição Federal, prevalecer

⁹¹ Nesse sentido, mencione-se o art. 284 do Código de Processo Penal segundo o qual “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.” e, também, o art. 293 do CPP, o qual dispõe que “Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.”

sobre o teor do Código de Processo Penal (art. 4º, caput). (LIMA, 2017, p. 109).⁹²

A Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Tóxicos, expressamente vincula a autoridade de polícia judiciária à atuação em casos de flagrante, dispondo em seu art. 50, *caput*, que

Ocorrendo prisão em flagrante, a **autoridade de polícia judiciária** fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas. (grifo nosso).

Não obstante, a expressão ‘polícia judiciária’ disposta nesta recente legislação pós-constitucional é tratada de forma indistinta tanto para funções de investigação quanto para funções que caracterizam referida autoridade como *longa manus* do Poder Judiciário.

A apuração de infrações penais, ou seja, a típica atividade investigativa é um exercício que exige conhecimentos dos mais diversos ramos, muitas vezes necessitando, concomitantemente, de expertise, tirocínio e de um espectro de múltiplos saberes, figurando como verdadeira atividade de pesquisa, comum a outros ramos do conhecimento tais como o jornalismo investigativo, as atividades de pesquisas laboratoriais ou mesmo o exercício de diligências analíticas no âmbito médico-científico.

Em suma, resta evidenciado que não se tem uma definição cabal de polícia investigativa e de polícia judiciária, dispondo alguns autores que polícia judiciária abrangeria, indistintamente, a polícia investigativa e àquela que presta auxílio ao Poder Judiciário, havendo raras manifestações no sentido de que, à luz da Constituição Federal e de recente legislação relacionada ao tema, a exemplo a Lei 12.830/13, as duas expressões sejam distintas, de conteúdo próprio, tratando a polícia investigativa como sendo aquela que tem como mister a investigação criminal, apurando a materialidade, a autoria e as circunstâncias de um crime; e a

⁹² Cabe ressaltar que o próprio jurista Renato Brasileiro de Lima (2017) afirma que é majoritário na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que entende-se por polícia judiciária àquela que realiza investigação criminal. Nesse sentido afirma que: “Apesar de acreditarmos que a Constituição Federal estabelece uma distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa, somos obrigados a admitir que prevalece na doutrina e na jurisprudência a utilização da expressão polícia judiciária para se referir ao exercício de atividades relacionadas à apuração da infração penal.” (LIMA, 2017, p. 109).

polícia judiciária tendo por fim auxiliar o Poder Judiciário, a teor do que se exemplifica no art. 13 do Código de Processo Penal.⁹³

O que não resta derradeiramente claro é a situação da autoridade policial nos casos de prisão em flagrante já que, em tese, não está a fazer investigação criminal e não se estaria cumprindo diretamente ordens do Poder Judiciário. Nos próximos itens tentaremos opinar sobre a questão e demonstrar em qual tipo de polícia estaria inserida a autoridade que tem o poder de ratificar ou não um flagrante e que possui a sensível atribuição de decidir sobre a liberdade de uma pessoa conduzida.

4.2.1 A importância prática da distinção entre polícia investigativa e polícia judiciária

Conforme destacado, a polícia investigativa revela-se como um conjunto de procedimentos técnicos voltados à apuração da materialidade e da autoria de infrações penais.⁹⁴ Já a polícia judiciária, em suma, tem função de auxiliar o Poder Judiciário e, a nosso sentir, também, imiscuir-se das funções de um juiz quando da lavratura de um auto de prisão em flagrante, já que decide sobre a liberdade ou não de alguém.

Traçar a distinção destas funções realizadas pela autoridade policial e demonstrar as facetas do que se entende por polícia judiciária é crucial para perscrutar os limites que são impostos a esta polícia quando do exercício do seu mister diante de uma prisão em flagrante delito.

Nesse sentido, constatando-se que este juízo sumário realizado pela autoridade de polícia judiciária, ainda que na análise puramente adstrita ao juízo de tipicidade formal e material (já que o presente trabalho, em razão da delimitação temática proposta, não avança sobre a ilicitude ou culpabilidade), pode-se chegar à ilação de que a aplicação da teoria da imputação objetiva, que se encontra subjacente ao fato típico no conceito estratificado de crime, poderia ser viável quando da análise de uma prisão em flagrante delito.

Assim, o reconhecimento deste poder decisório conferido à autoridade de polícia judiciária na análise da tipicidade do fato, nos casos de prisão em flagrante,

⁹³ Art. 13. do CPP: “Incumbirá ainda à autoridade policial: I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; IV - representar acerca da prisão preventiva.”

⁹⁴ O art. 2º, § 1º da Lei 12.830/2013 acrescenta que além da apuração da materialidade e da autoria das infrações penais, também é função da investigação criminal apurar as circunstâncias do fato.

permite cogitar-se não apenas a concessão da liberdade ao detido, mas também a declaração de atipicidade do fato, não havendo sequer, por consectário, a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

4.3 A carreira jurídica da autoridade de polícia judiciária⁹⁵

O cargo de delegado de polícia possui previsão na Constituição Federal, tratando-se de uma função estatal incumbida do exercício da polícia investigativa e da polícia judiciária.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 12.830/13, “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”.

No mesmo sentido, também consta no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.266/96, que trata da carreira da Polícia Federal, que “Os ocupantes do cargo de Delegado de Polícia Federal, autoridades policiais no âmbito da polícia judiciária da União, [...] exercem função de natureza jurídica e policial, essencial e exclusiva de Estado”.

Nesse sentido, há reconhecimento legislativo de que o delegado de polícia exerce atividade jurídica, não obstante nossa crítica no sentido de que houve uma ampliação injustificada na acepção conceitual da palavra ‘jurídica’ quando estabelece como sendo tal, também, a apuração de infrações penais. Isto porque, a nosso sentir, a investigação criminal em si requer um plexo de atividades que não se centram, necessariamente, no saber jurídico, mas de um conhecimento técnico composto pela colaboração de diversos cargos envolvidos na trama investigativa.

Não obstante, as funções de polícia judiciária realizadas pelo delegado de polícia estão intimamente ligadas ao conceito de função jurídica, em especial quando de sua atuação em casos nos quais há pessoas detidas em flagrante por condutas supostamente criminosas.

Sendo, pois, reconhecidamente uma função jurídica, a atuação do delegado de polícia reveste-se de um presumível conhecimento do direito tal como se

⁹⁵ Importante notar que as ações diretas de inconstitucionalidade de números ADI 5.536/AM e ADI 5.520/SC que, em suma, questionavam dispositivos inseridos nas constituições dos referidos estados relativos à atribuição de carreira jurídica ao delegado de polícia foram julgadas procedentes, declarando-se a inconstitucionalidade dos dispositivos. Acórdãos publicados, respectivamente, em 26/09/2019 e 20/09/2019.

pressupõe em outros cargos, a exemplo dos membros do Ministério Público, dos magistrados, dos defensores públicos, entre outros.

Como afirma o professor Daniel Barcelos (2013),

[...] a análise de ocorrência de uma infração penal, de seu estado flagrancial e de elementos suficientes ao apontamento de autoria, exigem uma atividade cognitiva fundada em conhecimentos consideráveis do direito em sua amplitude. (BARCELOS, 2013)

Em algumas constituições de estados-membros do nosso país, como a de Minas Gerais, há reconhecimento expresso de que o cargo de delegado de polícia é de natureza jurídica, dispondo em seu art. 140, § 4º que “O cargo de Delegado de Polícia integra, para todos os fins, as carreiras jurídicas do Estado”. No mesmo sentido, o art. 46, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 129/2013 (Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais) aduz que “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”.

Este reconhecimento não é meramente formal, já que não apenas é exigido o bacharelado em direito para ingresso no referido cargo, possível através de concurso público, mas expressa que o Estado distingue a relevância dos conhecimentos jurídicos para o exercício do cargo, ao que atribuímos, essencialmente, quando do exercício da função de polícia judiciária.

4.4 Breves considerações sobre a prisão em flagrante delito

Extraída do texto constitucional, a liberdade é direito individual alçado à categoria de cláusula pétrea que, inclusive, possui como garantia fundamental um remédio que preserva seu direito de ir e vir conhecido como *habeas corpus*.⁹⁶

Desta feita, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

⁹⁶ Conforme prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVIII, “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art. 301, qualquer um do povo pode e as autoridades policiais e seus agentes devem prender àquele que se encontra em flagrante delito dispondo, portanto, respectivamente, dos flagrantes obrigatório e facultativo previstos na legislação.

Renato Brasileiro de Lima (2017) define flagrante como sendo “[...] a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime.” (LIMA, 2017, p. 926).

Para tratar das modalidades de flagrante, sem o intuito de exaurir as demais categorias dispostas pela doutrina e jurisprudência,⁹⁷ consta no art. 302 do Código de Processo Penal que é considerado em estado de flagrante delito quem:

Art. 302. (...)

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

As hipóteses de prisão flagrante tratadas pelo aludido *codex* referem-se ao flagrante próprio (incisos I e II), ao impróprio (inciso III) e ao presumido (inciso IV), figurando como situações em que, trazidas à presença da autoridade de polícia judiciária, esta terá o dever de ofício de analisar a existência do caráter ilícito do fato e, em caso positivo, atribuir-lhe conformação jurídico-penal aplicando o direito processual e/ou legislação especial cabíveis.

Verifica-se que a rigor apenas a hipótese de flagrante revelada no inciso I do art. 302 perfaz o que Pacelli de Oliveira (2017) chama de “[...] ardência, crepitação ou flagrância” (OLIVEIRA, 2017) ao se referir à palavra latina *flagrare*. O jurista aduz que:

⁹⁷ A doutrina traz outras modalidades de flagrante que não encontram previsão no Código de Processo Penal, tais como o flagrante postergado ou retardado; o flagrante forjado; o flagrante esperado; e o flagrante preparado ou provocado. Importante mencionar que o flagrante forjado é modalidade ilegal, já que provas são maquinadas contra eventual acusado com a pretensão de apontá-lo como criminoso. O flagrante preparado ou provocado é modalidade considerada pela jurisprudência como crime impossível, já que a incitação jungida à vigilância ciente e sistemática impede a consumação do crime. Há, inclusive, enunciado de súmula de nº 145 do Supremo Tribunal Federal que referenda esse posicionamento ao dispor que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Bem examinadas as coisas, veremos que apenas a situação mencionada no art. 302, I, do CPP, se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal (art. 302, I). (OLIVEIRA, 2017)

Não obstante a hipótese do art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal seja a que “[...] mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.” (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 832), as demais previsões do art. 302 da legislação adjetiva são consideradas situações que permitem a prisão em flagrante delito.

A prisão em flagrante possui momentos distintos, a saber: captura, condução coercitiva, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento ao cárcere, com entrega da nota de culpa e envio ao juiz da cópia do auto de prisão em flagrante. André Nicolitt (2018) resume os momentos do flagrante da seguinte forma:

1) O agente policial ou qualquer do povo faz a prisão captura; 2) faz-se a condução do preso até a autoridade policial (delegado de polícia); 3) a autoridade inicia a lavratura do APF, ouvindo o condutor, as testemunhas e o preso, dando voz de prisão e 4) em até 24 horas após a lavratura do APF entrega a nota de culpa e envia ao juiz cópia do auto de prisão em flagrante. (NICOLITT, 2018, p. 818)

O juízo a ser feito por parte da autoridade responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante, conforme destaca a doutrina, é tão somente de tipicidade, dispendo Renato Brasileiro de Lima (2016) que “Inicialmente, a prisão em flagrante funciona como mero ato administrativo, dispensando-se autorização judicial. Exige apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade.” (LIMA, 2016, p.1240).⁹⁸

Registre-se que não aquiescemos com o posicionamento segundo o qual a autoridade de polícia judiciária tem papel meramente burocrático ao atuar em um auto de prisão em flagrante delito. A nosso sentir, referida autoridade pública não afere tão somente a tipicidade de um crime, mas também deve analisar a antijuridicidade, cogitando-se até mesmo a culpabilidade. Autuar uma pessoa em flagrante em fria análise da tipicidade, ainda que antevista a antijuridicidade ou a

⁹⁸ Embora não seja o cerne da pesquisa, entendemos que em decorrência da iminente perda da liberdade do indivíduo detido em flagrante, caso seja verificado que trata-se de explícito caso de excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade (exceto inimputabilidade), deve a autoridade de polícia judiciária proceder não apenas à análise da tipicidade, mas de todo o conceito analítico do crime, sob pena de recolher ao cárcere indivíduo que atuou sob o manto de uma discriminante ou de uma dirimente.

ausência de culpabilidade de um crime, é ferir a mais rasteira dignidade do cidadão detido que tem o legítimo direito de não ser recolhido ao cárcere quando não satisfeita a tríade que revela a estratificação de um crime numa concepção analítica. Porém, em razão de não ser objeto desta pesquisa a análise quanto aos demais elementos do conceito analítico de um crime, à exceção do juízo de tipicidade, apenas manifestamos nossa postura a fim de contextualização.

Atendo-se ao juízo de tipicidade formal e material a ser feito pela autoridade de polícia judiciária diante de uma prisão em flagrante delito conclui-se que, inexistindo tipicidade, não há que se falar em crime, finalizando-se o feito, no máximo, com uma verificação de procedência das informações (VPI).⁹⁹

4.4.1 *Auto de prisão em flagrante negativo*

Em caso de prisão em flagrante delito no qual, após oitiva do condutor e das testemunhas, não resultem fundadas suspeitas contra o conduzido, a autoridade de polícia judiciária não poderá recolhê-lo à prisão, materializando-se, portanto, a interpretação dada ao art. 304, § 1º,¹⁰⁰ do CPP.

A doutrina tem nominado este tipo de decisão da autoridade de polícia judiciária como sendo uma forma de relaxamento da prisão ou, ainda, a não ratificação da voz de prisão dada pelo condutor, tratando-se, portanto, de um auto de prisão em flagrante negativo.

Nesse sentido, Távora e Alencar (2015) afirmam que se trata de relaxamento da prisão, dizendo, ao comentarem o art. 304 do CPP, que

[...] o § 1º do art. 304 deve ser interpretado à luz do *caput*, com redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.113/2005. A lavratura do auto é o termo final, ocorrida após a oitiva dos envolvidos. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autorizaria o flagrante, deixará de atuar o conduzido, isto é, não lavrará o auto, relaxando a prisão, que já existe desde a captura, e por isso, não mandará recolher o indivíduo ao xadrez (§ 1º), pois a liberdade é de rigor. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 845).

⁹⁹ A verificação de procedência das informações (VPI), instituto que permite à autoridade de polícia judiciária avaliar as circunstâncias do caso antes de proceder à instauração de um inquérito policial, será conceituada e analisada mais adiante em subitem próprio.

¹⁰⁰ Art. 304, § 1º, do CPP: “Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”.

Renato Brasileiro de Lima (2017), ao tratar do tema, discorda que se trata de relaxamento da prisão em flagrante feita pelo delegado de polícia, entendendo-a como sendo uma não ratificação da voz de prisão em flagrante dada pelo condutor.¹⁰¹

Cabe ressaltar que uma questão é a autoridade de polícia judiciária não se convencer da possibilidade de ratificar uma prisão em flagrante, ao que deverá proceder à liberação do acusado, formalizando o auto de prisão em flagrante negativo através da não ratificação da voz de prisão em flagrante ou mesmo, para os que assim entendem, proceder ao relaxamento da prisão. Para tanto, o procedimento é convertido em inquérito policial para apuração do fato.

Outra questão refere-se ao entendimento, pela autoridade de polícia judiciária, de que o fato trazido à sua decisão em um caso de prisão flagrante delito encontra-se albergado pela atipicidade da conduta, formal ou material. Neste caso, erigimos especial situação dos estudos desta pesquisa ao referir-se à possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária.

Assim, diante de uma atipicidade da conduta pode-se cogitar que a autoridade de polícia judiciária formalize o procedimento de verificação de procedência das informações (VPI) e remeta o feito ao Ministério Público para fins de controle e de providências que este órgão entender pertinentes.

Desta feita, percebe-se que a situação disposta no CPP ao tratar do auto de prisão em flagrante negativo não se confunde com a proposta nesta pesquisa, já que o foco não é naquele que não foi flagrado em decorrência da ausência de fundadas suspeitas, mas sim naquele que, apontado como autor do fato, lhe é reconhecida a atipicidade penal em razão da aplicação da teoria da imputação objetiva, não devendo sequer ser lavrado um auto de prisão em flagrante, ainda que negativo, findando o procedimento com a comunicação ao Ministério Público que poderia ser feita por meio da verificação de procedência das informações (VPI).

¹⁰¹ Nesse sentido afirma Renato Brasileiro de Lima (2017) que “A nosso ver, não se trata propriamente de relaxamento da prisão em flagrante. A uma porque, como ato complexo que é, a prisão em flagrante somente estará aperfeiçoada após a captura, condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento à prisão, sendo inviável falar-se em relaxamento da prisão em flagrante se todas essas fases ainda não foram cumpridas. Ademais, a própria Constituição Federal, ao se referir ao relaxamento da prisão ilegal, deixa claro que somente a autoridade judiciária tem competência para fazê-lo (CF, art. 5, LXV). Enxergamos, pois, no art. 304, § 1º, do CPP, não uma hipótese de relaxamento da prisão em flagrante, mas sim situação em que a autoridade competente deixa de ratificar a voz de prisão em flagrante dada pelo condutor por entender que não há fundada suspeita contra o conduzido.” (LIMA, 2017, p. 948).

4.4.2 Audiência de custódia e prisão em flagrante

Visando referendar os ditames prescritos em pactos e tratados em que o Brasil é signatário, tais como o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁰², e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos,¹⁰³ conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução nº 213 de 15/12/2015 na qual instituiu e disciplinou a audiência de custódia no Brasil.

Destaque-se que o art. 306 do CPP possui redação segundo a qual “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Esta sistemática do CPP não se confunde com a da audiência de custódia, cujo comparecimento do preso é medida que se impõe.¹⁰⁴

A referida Resolução nº 213/2015 do CNJ teve por fito dispor sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas,¹⁰⁵ o que sujeita a prisão em flagrante às normativas da audiência de custódia.

Não se pretende, com a presente pesquisa, engajar a autoridade policial nas funções do magistrado, até por que, caso haja ratificação da prisão em flagrante, o

¹⁰² O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, constando em seu art. 9º, item 3, que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

¹⁰³ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi aprovada em 22 de novembro de 1969 e ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, expondo em seu art. 7º, item 5, que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

¹⁰⁴ Há, inclusive, Projeto de Lei de nº 554/2011, já aprovado no Senado Federal e sujeito à apreciação no plenário da Câmara dos Deputados (neste caso o PL recebeu o nº 6620/2016), versando sobre uma alteração do § 1º do art. 366 do CPP tornando obrigatória a realização de audiência perante do Poder Judiciário no prazo máximo de 24 horas após a prisão. Gabriel Habib já adianta que não vê “[...] nenhuma incompatibilidade entre a sistemática da comunicação em 24 horas e a audiência de custódia.” (HABIB, 2018, p. 827).

¹⁰⁵ Nos termos do art. 1º da Resolução nº 213/2015 do CNJ, restou determinado que “[...] toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.”

caminho dos procedimentos tem como destino natural o juiz responsável pela audiência de custódia atendendo, pois, aos ditames da Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Destaque-se que na audiência de custódia, após oitiva da pessoa presa e reperguntas por parte do Ministério Público e da defesa técnica, é possível que a prisão seja relaxada; que seja concedida liberdade provisória com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão; que seja decretada prisão preventiva; ou mesmo que sejam adotadas outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa, tudo conforme art. 8º, § 1º, da referida resolução.

Ao revés, reconhecendo que no momento da análise da prisão em flagrante a autoridade policial, no exercício das funções de polícia judiciária, tem o poder de decisão sobre a liberdade da pessoa detida, busca-se analisar a viabilidade técnica desta autoridade pública para aplicar a teoria da imputação objetiva.

Nesse sentido, em caso de constatação da atipicidade do fato decorrente da incidência da referida teoria, sequer seria lavrado um auto de prisão em flagrante. Ao revés, o detido deveria ser solto e o feito formalizado através da verificação de procedência das informações (VPI), posteriormente enviada ao Ministério Público. Este órgão ministerial, fiscal da polícia e detentor privativo da atribuição de promover a ação penal pública, tomará as medidas consideradas necessárias, o que não pretere a requisição de diligências ou mesmo a determinação de instauração de inquérito policial para apuração do fato, se for o caso.

Desta forma, havendo detenção de uma pessoa por suposto flagrante delito e, em ato contínuo, a liberação do detido pela autoridade de polícia judiciária em reconhecimento da atipicidade do crime, não há que se arguir sobre a realização de audiência de custódia em razão da perda do objeto.

4.5 A polícia judiciária no Brasil e seu papel diante de uma prisão em flagrante

A polícia judiciária no Brasil deve ser exercida, nos termos da Constituição Federal, pela Polícia Federal e pela Polícia Civil, conforme expressamente disposto no art. 144, § 1º, incisos I e IV, e § 4º da Lei Maior.

De acordo com o narrado no tópico anterior, há quem defenda a distinção entre as funções de polícia investigativa e polícia judiciária, situação que

referendamos tendo em vista que a própria Constituição Federal afirma tratar-se de situações distintas exercidas por órgãos determinados.

Em visão intermediária sobre o tema envolvendo a polícia judiciária e a investigação criminal (polícia investigativa), acredita-se que a atuação da autoridade policial diante de uma pessoa detida em flagrante delito não está coligada, diretamente, à apuração de infração penal e sua autoria.

Ademais, a trivial conceituação da função de polícia judiciária, cujo protagonista seria um mero cumpridor do disposto no art. 13 do Código de Processo Penal, ou seja, um auxiliar do Poder Judiciário, também não atende à peculiar situação da atuação da autoridade policial nos casos de flagrante delito.

Nesse sentido, afirma o professor Daniel Ferreira (2013) que:

Exercer as funções de polícia judiciária significa, a nosso sentir, essencialmente, realizar o papel imediato do Poder Judiciário, diante de toda e qualquer privação de liberdade em razão de possível prática de infração penal observada em seu estado flagrancial. De tal forma, o Delegado de Polícia assume de forma emergencial o papel do Juiz de Direito, recebendo a provocação para a aplicação imediata do direito a um caso concreto, mesmo que o fazendo de maneira precária e reversível, evidentemente. (FERREIRA, 2013).

Prossegue o jurista afirmando que:

Não há, de maneira imediata, diante da autuação em flagrante de um conduzido, uma atividade aprofundada de investigação dos fatos, valendo-se o Delegado de Polícia de elementos ali presentes numa análise de verossimilhança muito semelhante ao exercício do Juiz de Direito diante de um pleito de antecipação de tutela ou medida cautelar, por exemplo. (FERREIRA, 2013).

A função de ratificar ou não uma prisão em flagrante é, portanto, em nossa visão, eminentemente decisória e não simplesmente apuratória, já que defronte dos fatos que lhe são apresentados e valendo-se do poder que lhe é atribuído por lei, a autoridade de polícia judiciária, em juízo sumário, efetivamente decide, por intermédio de análise fático-jurídica, quanto à liberdade do acusado, figurando, pois, como *longa manus* do Poder Judiciário.

Ao exemplificar a atuação da autoridade policial em trabalho de plantão, Ferreira (2013) o assemelha a um magistrado que, inerte, aguarda ser provocado

para que tome as medidas cabíveis. Alega o professor que neste caso o delegado “[...] não realiza ali atividade de investigação criminal propriamente dita, mas mantém-se inerte na representação do Estado, até que seja instado a manifestar-se diante de um caso concreto.” (FERREIRA, 2013).

Prossegue Daniel Ferreira (2013) afirmando que

Não é necessário esforço intelectual para visualizar que a posição do Delegado de Polícia, nessa situação, é a de um juiz que colhe elementos que lhes são apresentados e julga uma conduta, impondo-lhe a consequência prevista de forma imediata. (FERREIRA, 2013).

A polícia repressiva, quando da realização de flagrante delito, não trabalha no sentido específico de proceder à investigação de um crime, mas atua como *longa manus* do Poder Judiciário, imiscuindo-se da função jurisdicional e passando a ter o poder de determinar a liberdade ou prisão de uma pessoa detida por prática de suposto crime.

Nesta função de ratificação ou não de uma prisão em flagrante, à polícia judiciária é possível, até mesmo, que arbitre fiança,¹⁰⁶ atendidos os limites impostos pela legislação processual, em especial o art. 325¹⁰⁷ do Código de Processo Penal.

Resta evidenciado, portanto, que a polícia investigativa possui funções específicas diversas da polícia judiciária.

Não que se pretere a possibilidade da polícia investigativa também fazer análise da tipicidade material do crime, tal como defendido para a polícia judiciária. Porém, a análise desta tipicidade em um procedimento investigatório é feita após realizada toda a investigação, materializando-se no relatório do inquérito policial.

Ocorre, porém, que além de não ser objeto específico deste trabalho a análise das funções da polícia investigativa, é curial destacar que no exercício destas funções não se cogita da prática de atos que estejam ligados ao cerceamento de liberdades ou de direitos sem a fiscalização e atuação tanto do Ministério Público

¹⁰⁶ Tal previsão encontra-se no art. 322 do CPP, que impõe limites à concessão de fiança pela autoridade policial, aduzindo que esta “somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”. Nos demais casos, conforme parágrafo único do mesmo artigo, “a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.”

¹⁰⁷ O art. 325 do CPP fixa os valores a serem arbitrados pela fiança, podendo ser de “1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos” ou “de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.”

quanto do Poder Judiciário. Afinal, representação pela prisão preventiva, prisão temporária, interceptação telefônica e outros atos deve preceder de decisão judicial.

Assim, durante as investigações as medidas cautelares dependem de expressa autorização do Poder Judiciário, ouvido o Ministério Público, o que destoa da ardência característica da prisão em flagrante que, inclusive, justifica a elasticidade das atribuições da autoridade policial.

Quando de um flagrante delito levado às sendas da autoridade de polícia judiciária, vê-se uma atuação analítica no sentido de se averiguar os fatos trazidos à baila e jungí-los às disposições taxativas do direito penal, ao que, ocorrendo a subsunção, ratifica-se a prisão e são tomadas, por consectário, as medidas previstas em lei, incluindo a concessão de liberdade mediante fiança, quando for o caso.

A prisão em flagrante pode decorrer de crimes cujas penas mínimas cominadas sejam superiores a dois anos ou, ainda, de contravenções ou crimes cujas penas sejam de até dois anos.¹⁰⁸ No primeiro caso, fala-se de auto de prisão em flagrante, que é um inquérito policial iniciado pelas vias deste tipo de prisão. Já no segundo caso, trata-se de infrações de menor potencial ofensivo, em que é lavrado um termo circunstanciado de ocorrência (TCO)¹⁰⁹ e, sendo o autor do fato encaminhado imediatamente ao juizado ou se assumir o compromisso de a ele comparecer, não será ratificada a prisão em flagrante.

Gabriel Habib (2018) afirma que o termo circunstanciado de ocorrência

[...] é uma peça escrita na qual a autoridade policial formaliza a ocorrência policial decorrente da prática de uma infração de menor potencial ofensivo que chegar ao seu conhecimento. No termo circunstanciado deverão constar as informações acerca do fato delituoso, como local, hora, nome da vítima, nome do condutor, testemunhas e as declarações de todas essas pessoas. (HABIB, 2018, p. 551)

Assim, o TCO tem por escopo registrar um fato tipificado como contravenção penal ou crime a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

¹⁰⁸ Nos casos de crimes envolvendo Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), ainda que a infração se enquadre, pela pena, como de menor potencial ofensivo, não se aplica a Lei nº 9.099/95, que trata dos juzados especiais, conforme expressamente vedado pelo art. 41 lei protetiva da mulher vítima de violência doméstica e familiar, o qual descreve que “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Também não se aplica a lei dos juzados especiais criminais para os crimes militares, conforme disposto no art. 90-A da Lei 9.099/95 cuja redação aduz que “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.”

¹⁰⁹ Também é papel da autoridade de polícia judiciária a elaboração do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), tratando-se de procedimento administrativo sumário previsto na Lei nº 9.099/95, norma que a partir do art. 60 trata dos Juzados Especiais Criminais.

Registrado o evento, o autor do fato e a vítima serão encaminhados imediatamente ao Juizado Especial. Não sendo possível o encaminhamento imediato, as partes serão liberadas mediante a assinatura do termo de compromisso de comparecimento (TCC), não se impondo prisão em flagrante nem mesmo se exigindo fiança ao autor do fato.

A análise jurídica formal e material do fato, no momento de um flagrante delito, seja ele formalizado por um auto de prisão em flagrante delito, seja por um termo circunstanciado de ocorrência,¹¹⁰ conferem à autoridade de polícia judiciária a condição de *longa manus* do Poder Judiciário, decidindo sobre a liberdade das pessoas sujeitas ao seu julgo.

Vislumbra-se, portanto, a importância da atuação da polícia judiciária no Brasil diante de uma prisão em flagrante, já que a sensibilidade da atuação desta autoridade é crucial para conservar o direito de liberdade daqueles que, eventualmente, tenham praticado fato atípico e sequer deve ter o peso de uma investigação pairando sobre sua vida.

4.5.1 O instituto da Verificação de Procedência das Informações (VPI)

A instauração de inquérito policial para apuração de eventual crime é situação traumática para investigados e deve ser iniciado com as devidas cautelas, já que a mácula que segue as idas e vindas ao ambiente policial pode gerar inúmeros

¹¹⁰ Há procedimentos que tramitam tanto no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quanto no Supremo Tribunal Federal (STF) nos quais se questiona a legalidade ou mesmo a constitucionalidade de lavratura do termo circunstanciado de ocorrência (TCO) por policiais militares. No mês de julho do ano de 2018 o CNJ concedeu liminar em procedimento administrativo instaurado que visava suspender um Provimento da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que autorizava os juízes de direito receberem TCO lavrado por policiais militares do Estado. Ocorre que no mês seguinte, em agosto de 2018, a liminar foi revogada após pedido de reconsideração formulado pela Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, restabelecendo os efeitos do provimento e permitindo a lavratura do TCO pelos militares. Tramita no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6201/2019) ajuizada pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia em que se questiona a constitucionalidade de decretos do Estado do Piauí (Decretos Estaduais 17.199/18 e 18.089/19) que autorizam policiais militares a lavrarem TCO, alegando a entidade que a providência é de atribuição exclusiva de delegado de polícia. O mérito ainda não foi julgado. Ademais, o Enunciado nº 34 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) reconhecia que era possível a lavratura do TCO por policiais militares, desde que atendida as peculiaridades locais, mas o enunciado foi cancelado. O tema não é pacífico havendo, inclusive, decisão de turma do STF em Recurso Extraordinário (RE 702.617-AM) decorrente de ADI Estadual, que entendeu não ser possível a lavratura do TCO pela polícia militar daquele Estado considerando a situação uma usurpação de função. O tema foi trazido à baila apenas para contextualizar a questão das prisões em flagrante e respectivas lavraturas dos termos pela autoridade de polícia judiciária, não sendo objeto específico desta pesquisa.

reflexos negativos àquele sobre o qual recai a investigação criminal. Como lembra Rogério Greco (2010), "Não se inicia investigações por puro capricho, por curiosidade, por leviandade, mas sim quando se tem um mínimo necessário de provas que possa conduzir a investigação à descoberta de um fato criminoso e de seu provável autor." (GRECO, 2010, p. 151).

Diante disso, criou-se um expediente administrativo denominado verificação de procedência das informações (VPI), também conhecido por Verificação Preliminar de Inquérito Policial, que tem por fito realizar diligências de caráter incipiente para se arregimentar o mínimo lastro de autoria e materialidade aptos a justificar a instauração de eventual inquérito policial.¹¹¹

Embora sua utilização seja corriqueira nas delegacias de polícia, o que poderia induzir a mero ato decorrente da praxe policial, a existência da VPI pode ser justificada no art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal,¹¹² segundo o qual a instauração do inquérito policial, quando eventual existência de infração penal é levada ao conhecimento da autoridade policial por qualquer um do povo, deve ser precedida da verificação da procedência das informações.

Sabe-se que o auto de prisão em flagrante delito (APF) nada mais é do que uma espécie de *notitia criminis*,¹¹³ tida por notícia de crime revestida da forma coercitiva. Nos procedimentos de um APF, caso das respostas não resulte em fundada suspeita contra o conduzido, dá-se o relaxamento da prisão ou não ratificação da prisão em flagrante, ocasião em que o APF constitui peça que inaugura o inquérito policial.

Tal como ocorre em relação à *notitia criminis* provocada (na forma de delação, requerimento ou representação da vítima), a denúncia anônima, chamada

¹¹¹ Necessário superar a visão inquisitorial dos procedimentos investigatórios. Como lembra Aury Lopes Júnior, ao tratar da inquisição, "o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente o rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra por que assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para tortura-lo até obter a confissão." (LOPES JÚNIOR, Aury, 2017).

¹¹² Código de Processo Penal – "Art. 5º (...) § 3º - Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, **verificada a procedência das informações**, mandará instaurar inquérito". (grifo nosso).

¹¹³ De acordo com Távora e Alencar (2015), a *notitia criminis* (notícia do crime) "É o conhecimento pela autoridade, espontâneo ou provocado, de um fato aparentemente criminoso [...]" (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 127), podendo ser, conforme referidos autores, de forma 1) espontânea (cognição imediata); 2) provocada (cognição mediata) - neste caso se dá através da requisição do juiz ou do Ministério Público, requerimento da vítima, delação, representação da vítima (*delatio criminis* postulatória), e requisição do Ministro da Justiça; e 3) notícia de crime revestida de forma coercitiva, referente ao flagrante delito." (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 128-130).

de delação apócrifa ou *notitia criminis* inqualificada, espécie de *notitia criminis* espontânea, deve preceder de diligências que visam a averiguação do mínimo lastro probatório que permita a instauração de inquérito policial, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal¹¹⁴. Nesse sentido, a *notitia criminis* coercitiva, a nosso sentir, também deve preceder do mínimo de provas para que seja procedimentalizada, já que a instauração de inquérito policial decorrente de auto de prisão em flagrante delito deve ter o mínimo de razão de existir, ou seja, a tipicidade formal e material de um crime.

Assim, entende-se como razoável que a autoridade de polícia judiciária se valha da VPI em todo caso no qual se afigura possível vislumbrar a atipicidade da conduta, especialmente diante de uma prisão em flagrante delito, repassando o apurado sintético ao Ministério Público para que tome as medidas que entender pertinentes.

Importante ressaltar que a instauração do inquérito policial demanda uma série de formalidades, o que inclui o registro do investigado e do enquadramento jurídico-penal do caso nos sistemas policiais. A exposição da pessoa alvo das diligências típicas da investigação criminal já resta sacramentada com a instauração do inquérito policial, o que exige, portanto, razoável motivo para que o procedimento inquisitorial se inicie.

Com a VPI elaborada diante da ausência de tipicidade da conduta decorrente da aplicação da teoria da imputação objetiva evita-se o constrangimento da instauração de um desnecessário e expositivo inquérito policial cujo fato objeto das diligências esteja eivado de atipicidade.

Ao tratar da verificação de procedência da informação, Adriano Costa e Laudelina Inácio (2016) afirmam que:

¹¹⁴ Conforme decidiu o STF: “1 - A jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a denúncia anônima não tem o condão de invalidar o inquérito policial, **quando as investigações se utilizam de outras diligências colhidas para averiguar a delatio criminis (...)**” (HC nº 133.148/ES, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/12/17). (grifo nosso); 2 - “Notícias anônimas de crime, **desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares**, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal” (HC nº 106.152/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 24/5/16). (grifo nosso); 3 - “PERSECUÇÃO PENAL E DELAÇÃO ANÔNIMA – VIABILIDADE, **DESDE QUE A INSTAURAÇÃO FORMAL DO INQUÉRITO TENHA SIDO PRECEDIDA DE AVERIGUAÇÃO SUMÁRIA**, ‘COM PRUDÊNCIA E DISCRIÇÃO’, DESTINADA A APURAR A VEROSSIMILHANÇA DOS FATOS DELATADOS E DA RESPECTIVA AUTORIA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” (HC nº 109.598-AgR/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 27/4/16). (grifo nosso).

A grande vantagem prática da instauração da Verificação Preliminar de Informações é que não se fará necessário tamanho formalismo para a não continuidade de tal investigação; ou seja, não será imprescindível passar pela burocracia criada para o arquivamento do inquérito policial. (COSTA; INÁCIO, 2016, p.03).

Visando permitir maior clareza dos atos procedimentais e verificando que o natural destinatário da ação penal pública é o Ministério Público, é razoável que a verificação de procedência das informações seja concluída e enviada ao *parquet* para que, entendendo pertinentes os argumentos da autoridade de polícia judiciária, se abstenha de propor a ação penal em razão da atipicidade do fato. Não se trata de arquivamento do inquérito policial, que sequer foi instaurado, mas de autêntica não persecução penal por completa ausência de justa causa.

Se o inquérito policial figura como um filtro contra ações penais infundadas, a VPI pode ser considerada um filtro contra inquéritos policiais que careçam do mínimo lastro que os justifique, o que, nesse diapasão, podem-se incluir fatos formais ou materialmente atípicos aferidos quando de uma prisão em flagrante.

O que não pode ser aceito é a mera disputa de poder entre instituições, sejam policiais, judiciais ou do Ministério Público, que a pretexto de defenderem suas atribuições vulgarizam os procedimentos investigatórios, aviltam direitos fundamentais com a saga característica da persecução penal à brasileira e relegam o acusado a mero objeto estatal que, por vezes, já deveria ter seu procedimento sepultado desde a primeira descoberta da atipicidade material do fato.

Se o delegado de polícia ocupa um cargo jurídico e tem poder de decisão em casos de flagrante delito, é mais que natural que assim proceda declarando a atipicidade material da conduta e comunicando ao Ministério Público o seu entendimento através de uma VPI negativa. Pretere-se, de maneira justificada, a instauração de um inquérito policial infrutífero e negativo. Não se tratando de inquérito policial, é suficiente que o *parquet* proceda ao pedido de arquivamento das peças de informação materializadas na VPI, atendendo ao disposto no art. 28 do CPP quanto ao arquivamento de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. A VPI é considerada, por sua natureza jurídica, uma peça de informação, submetendo-se ao dispositivo legal.

Em decorrência da função institucional atribuída constitucionalmente ao Ministério Público, que detém, dentre outros, o poder-dever privativo de promover a ação penal pública; de exercer o controle externo da atividade policial e, ainda, de

requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, é minimamente razoável que a conclusão de toda VPI tenha como destinatário o órgão ministerial acusatório para controle e avaliação. Nesse sentido, André Nicolitt (2018), ao tratar da VPI, aduz que “[...] seja qual for o nome que se dê, estaremos sempre diante de um procedimento investigatório e, por tal razão, submetido ao controle do Ministério Público, não podendo ser arquivado em sede policial.” (NICOLITT, 2018, p. 222).

Aliás, importante destacar que em razão da titularidade da ação penal ser conferida ao *parquet*, a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal (PIC) a cargo do órgão acusador, dispõe que a promoção de arquivamento do PIC deve ser apresentada ao juízo competente **ou** ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.¹¹⁵ (grifo nosso).

Cogita-se, inclusive, que a tendência em futuro breve seja a de que o arquivamento dos procedimentos criminais se efetive tão somente pelo Ministério Público,¹¹⁶ através de referendo pelos órgãos superiores da própria instituição, sem submissão ao Poder Judiciário, dada a titularidade da ação penal pública ser de competência do órgão. Tal fato já ocorre com o arquivamento de inquérito civil, submetido a controle pelo Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, §1º da Lei nº 7.347/85¹¹⁷ e art. 30 da Lei nº 8.625/1993¹¹⁸ - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); com a decisão de arquivamento de inquérito policial ou quaisquer peças de informação conferida ao Procurador-Geral de Justiça, conforme

¹¹⁵ O destino do arquivamento do PIC encontra-se no art. 19 da Resolução nº 181/2018 do CNMP, com a seguinte redação: “Art. 19. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, nos termos do art. 17, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente. § 1º A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente. § 2º Na hipótese de arquivamento do procedimento investigatório criminal, ou do inquérito policial, quando amparado em acordo de não persecução penal, nos termos do artigo anterior, a promoção de arquivamento será necessariamente apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal.”

¹¹⁶ André Nicolitt (2018, p. 288) defende que a submissão do pedido de arquivamento do inquérito policial e peças de informação ao juiz, que deve ser inerte e imparcial, fere o sistema acusatório e é incompatível com a missão e a credibilidade constitucional do Ministério Público.

¹¹⁷ Art. 9º, §1º da Lei nº 7.347/85: “§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.”

¹¹⁸ Art. 30 da Lei 8.625/93: “Art. 30. Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever o arquivamento de inquérito civil, na forma da lei.”

parte final do art. 28 do CPP¹¹⁹ e art. 29, VII, da Lei nº 8.625/1993;¹²⁰ ou mesmo com a revisão, a ser feita pelo Colégio de Procuradores de Justiça, sobre decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinado pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 12, XI, da Lei 8.625/1993.¹²¹

Destarte, não é plausível a instauração de inquérito policial decorrente de fato atípico aferido pela autoridade de polícia judiciária diante de um preso em suposto flagrante delito. O arquivamento do inquérito policial é consectário lógico quando se trata de fato atípico, razão por que a verificação de procedência das informações (VPI) seria suficiente e, por consectário, sua consequente remessa ao Ministério Público é medida minimamente razoável para filtrar investigações, indiciamentos e denúncias fadadas ao óbito procedimental. Nas circunstâncias, ou seria caso de inexistência de crime, o que inclui a atipicidade da conduta (art. 395, II do CPP);¹²² ou a denúncia careceria de justa causa, evidenciando caso de rejeição (art. 395, III do CPP);¹²³ ou mesmo o acusado deveria ser sumariamente absolvido em razão do fato narrado evidentemente não constituir crime (art. 397, III do CPP).¹²⁴

É inaceitável a exposição infundada de pessoas ao processo penal, o denominado *strepitus iudicii*,¹²⁵ não se podendo referendar que procedimentos administrativos, característicos dos inquéritos policiais, possam ser deliberadamente instaurados, expondo investigados em situação cuja atipicidade material da conduta

¹¹⁹ Art. 28 do CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, **ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.**” (grifo nosso).

¹²⁰ Art. 29, VII, da Lei nº 8.625/93, segundo o qual compete ao Procurador-Geral de Justiça: “[...] determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais;”.

¹²¹ Art. 12, XI da Lei nº 8.625/93 diz que compete ao Colégio de Procuradores de Justiça “[...] rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária;”.

¹²² Código de Processo Penal: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;”.

¹²³ Código de Processo Penal: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

¹²⁴ Código de Processo Penal: “Art. 395. Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: [...] III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;”.

¹²⁵ Em conceituação livre, *strepitus iudicii* ou *strepitus fori* refere-se à expressão latina ligada à repercussão do fato debatido em um processo e, por consectário, à exposição da pessoa submetida ao julgamento penal.

já seja verificada desde o primeiro contato da autoridade policial com o fato. Impedese, nesse sentido, o indevido inquérito, o *strepitus investigationem*.¹²⁶

Ainda que o trancamento do inquérito policial ou da ação penal seja medida excepcional, verifica-se que obstaculizar referidos procedimentos é situação que se impõe quando do reconhecimento da atipicidade da conduta. Nesse sentido já se manifestou o STF, em decisão de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Em trecho do acórdão do HC 108.748 destacou o relator:

[...] I – Falta de justa causa à ação penal iniciada antes de encerradas as investigações em sede de inquérito instaurado para apurar os mesmos fatos e arquivado por decisão judicial ante a constatação de atipicidade da conduta do paciente. II – **O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade de conduta, presença de causa de extinção de punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.** III – Na situação sob exame, verifica-se a atipicidade da conduta do paciente [...]. (STF – HC: 108.748 ES, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 10/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 27/05/2014). (grifo nosso).

Destarte, conclui-se que a utilização da VPI como procedimento apuratório sumário diante de prisões em flagrante nas quais se atesta a atipicidade da conduta é medida suficiente para que sejam obstaculizadas as violações aos mais rasteiros direitos coligados à dignidade da pessoa humana.

¹²⁶ *Strepitus investigationem*, em tradução livre, é uma expressão latina que trata da repercussão de um fato durante uma investigação e a exposição da pessoa investigada.

5 A POLÍCIA JUDICIÁRIA E SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL NA ATUAÇÃO PARA ALÉM DA TIPICIDADE FORMAL

Neste capítulo pretende-se expor a importância da polícia judiciária na aferição da tipicidade material e a sua relevância como primeiro garantidor dos direitos de um acusado de crime que tenha sido preso em flagrante.

Será explanado o primeiro axioma do garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli com o acréscimo de que sequer deve haver prisão se não há crime, dada a reconhecida atipicidade da conduta em decorrência da aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da autoridade de polícia judiciária.

Visando impedir prisões em flagrante nas quais há inequívoca possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva, reflete-se sobre a não lavratura do auto de prisão em flagrante por parte da autoridade de polícia judiciária. Nesse sentido, referida autoridade poderia valer-se do procedimento denominado verificação de procedência das informações (VPI) para coletar os dados do fato e remetê-lo ulteriormente ao Ministério Público.

Será destacado, por fim, que a autoridade policial é, por vezes, a primeira e única autoridade com poderes para decidir pela ratificação ou não de uma prisão em caso de flagrante, razão por que deve ser o guardião das mais lúdicas garantias do acusado, o que inclui não proceder à prisão de alguém cujo fato é atípico em decorrência da aplicação da teoria da imputação objetiva.

5.1 As lóstimas da perseguição penal

Manter como indiciado ou acusado de um fato em que se sabe atípico após aplicar a teoria da imputação objetiva ou, ainda, permitir que haja recolhimento ao cárcere de pessoa que já tem reconhecida, pela autoridade de polícia judiciária, a atipicidade material do fato, seria conservar um preciosismo formal numa luta pela elasticidade do poder das autoridades públicas em detrimento daquele que eventualmente esteja a sofrer as lóstimas da prisão ou da perseguição penal.

É de curial sabença que aliado ao cárcere vige, nos recônditos inenarráveis da mente daquele que tem apontado para si o vetor acusatório estatal, a angústia do seu protagonismo nos procedimentos pré-processuais e processuais, carregados de

todo formalismo e cuja duração é, trivialmente, duradoura no tempo em franca desomenagem à razoável duração do processo.

O vagar do tempo nas frias páginas procedimentais de inquéritos e processos criminais, que muitas vezes para o servidor trata-se de apenas mais um caso, é incapaz de traduzir a afetação psicológica de um acusado de fato atípico.

Se o caso é marcado pela atipicidade, a formalização do inquérito policial, em especial àquele oriundo de um auto de prisão em flagrante, tem por fito tão somente o cumprimento de uma sanha burocrática irracional ao aguardo do cabal provimento jurisdicional absolutório. Tal fato é, literalmente, um cárcere mental que martiriza copiosamente o acusado que se encontra vinculado a procedimento que deveria fazer desde o seu nascedouro em uma unidade policial.

A persecução penal é fato que deve ser levado a cabo com critério peculiar e, aliada a ela, qualquer prisão, em flagrante ou provisória, precisa observar o rigor dos pressupostos que as delinea, sob pena de antecipar-se condenação mental eterna, como bem sintetiza Fancesco Carnelutti [1957]/(2013), em Misérias do Processo Penal, ao destacar que

O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda quando, segundo o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pagado o seu débito, é sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isto; cumpriu sua pena, porém... (CARNELUTTI, 2013, p. 99)

Deve-se impedir, portanto, a todo custo possível, qualquer prisão ou persecução penal que não atenda aos pressupostos legais e da própria exegese jurídica, preterindo-se qualquer rigor excedido que de forma infundada possa afrontar o direito de liberdade e de sanidade de qualquer pessoa submetida ao poder estatal. Não se deve olvidar que a liberdade é regra e não o reverso, em lídimo respeito integral à Constituição Federal e suas pétreas disposições que fomentam expressamente os direitos e garantias individuais.

5.2 O papel da polícia judiciária como garantidora primária dos direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal traz previsão dos direitos e garantias fundamentais no Título II e, em sequência, no célebre art. 5º esculpe em seus 78 incisos e quatro parágrafos os direitos e deveres individuais e coletivos. Não obstante o preceito trazido na descrição do capítulo, o constitucionalista Pedro Lenza (2016) já adverte que “[...] apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais.” (LENZA, 2016, p. 1159).

Em relação à distinção existente entre direitos e garantias, importante e propedêutica lição é encontrada nos escritos de Rui Barbosa, trazido por José Afonso da Silva (2011), que ao analisar a Constituição de 1891 diferenciou:

[...] as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (SILVA, 2011, p. 414).¹²⁷

Desta feita, os direitos representam bens e vantagens previstos na Constituição e as garantias asseguram que os titulares dos direitos possam exercê-los.

Em decorrência da forma com a qual a distribuição de atribuições em relação às autoridades atuantes quando da ocorrência de um suposto crime, as funções exercidas pela polícia investigativa e pela polícia judiciária no Brasil tem especial destaque na preservação das garantias fundamentais de todos àqueles submetidos ao poder de punir do Estado. Confere-se destaque às ocorrências de fatos que interferem diretamente na liberdade de uma pessoa, a exemplo da análise de uma prisão em flagrante levada ao conhecimento de uma autoridade de polícia judiciária.

Centrando os estudos nos casos de flagrante delito, referida autoridade de polícia judiciária tem o poder legal de interferir na liberdade da pessoa detida, remetendo-a, após os procedimentos de praxe, ao famigerado cárcere. Assim, é razoável que na avaliação de um caso submetido à apreciação da autoridade (a primeira a decidir sobre a liberdade ou o cárcere), que lhe seja assegurado o poder de adentrar nas nuances preliminares do direito, diga-se, na tipicidade material de

¹²⁷ BARBOSA, Ruy. República: Teoria e Prática - Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

um crime, e libertar o detido em decorrência do reconhecimento da atipicidade do fato.

Não se pode tolerar que a prisão de um inocente (já que não há crime se o fato é atípico) se dê por mínimo interregno de tempo, descabendo também ser cogitada a persecução criminal sem o mais rasteiro lastro probatório. O infeliz, fadado ao insucesso de seus argumentos favoráveis à atipicidade de um crime, em terras tupiniquins chega a acreditar que a prisão será incólume, afinal, já nos alertava Michel Foucault (2014) sobre os colonos que “[...] costumavam dizer, para fazer o elogio da nova política punitiva do corpo: ‘Preferíamos as pancadas, mas a cela é melhor pra nós’.” (FOUCAULT, 2014, p. 289).

Ao ter conhecimento de uma prisão em flagrante e atuar nos procedimentos alusivos ao caso, a autoridade de polícia judiciária torna-se a primeira garantidora¹²⁸ efetiva e formal dos direitos fundamentais da pessoa detida, especialmente sobre a decisão atinente ao direito de liberdade.

Francisco Sannini Neto (2009) alerta quanto à importância do delegado de polícia como primeiro garantidor dos direitos da pessoa investigada, ressaltando o poder de decisão desta autoridade ao destacar que:

O Delegado de Polícia é aquele que tem o primeiro contato com o crime e que, portanto, apresenta as melhores condições para efetivar a investigação. Temos de enxergar a figura da autoridade policial como a de um juiz da fase pré-processual. O Delegado é um sujeito imparcial e que deve atuar como um garantidor dos direitos fundamentais dos sujeitos passivos da investigação. (SANNINI NETO, 2009).

Assim, confere-se à autoridade de polícia judiciária o poder-dever de garantir os direitos fundamentais dos acusados, especialmente o direito de liberdade conferido àquele que tem reconhecida a atipicidade de sua conduta quando da análise de uma prisão em flagrante. O direito de liberdade abrange o de não ser indiciado ou processado sem um substrato mínimo que torna um fato típico.

¹²⁸ Ao nos posicionarmos quanto ao reconhecimento de que a autoridade de polícia judiciária representa a primeira garantidora dos direitos fundamentais da pessoa detida em flagrante não se deseja preterir a importante atividade exercida pela polícia administrativa ou polícia de segurança, que tem por finalidade atuar de forma preventiva, ostensiva e com fito de preservação da ordem pública. Embora a prisão em flagrante seja, por vezes, realizada pelas polícias administrativas e de segurança, que fazem a captura e a condução coercitiva e, também, devem preservar os direitos fundamentais da pessoa presa, a ratificação da prisão fica a cargo da autoridade de polícia judiciária, responsável por formalizar o auto e, sendo o caso, recolher a pessoa ao cárcere. Assim, tratamos especificamente deste momento decisório da referida autoridade para confirmá-la como primeira garantidora dos direitos fundamentais da pessoa presa.

Conforme alhures, o inquérito policial que seria lavrado em decorrência da prisão em flagrante delito deve ser preterido em razão do reconhecimento da atipicidade de um fato. Em seu lugar, por respeito à liberdade e à economicidade,¹²⁹ que se proceda à verificação de procedência das informações, caminho mais razoável em respeito aos lídimos direitos da pessoa detida em franca preservação da dignidade da pessoa humana.

5.3 A atuação jurídica da autoridade policial na ampla aferição da tipicidade penal do fato

Nos termos já delineados acerca da tipicidade como elemento do fato típico é possível traçar as diferenças entre a tipicidade formal e a tipicidade material de um determinado crime.

Rememorando em breves considerações, a tipicidade formal revela um juízo de subsunção do fato à norma. Já a tipicidade material está relacionada à ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Destaque para a tipicidade conglobante, proposta Zaffaroni (2002), segundo a qual a tipicidade penal é o somatório da tipicidade formal com a tipicidade conglobante, figurando esta como sendo a tipicidade material aliada à conduta antinormativa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 460-461).

A questão que circunda a atuação da autoridade de polícia judiciária diante de um conduzido em decorrência de suposto deflagrante delito refere-se à abrangência da atribuição da referida autoridade para aferir a tipicidade penal.

A questão principal reside na dúvida se aludida autoridade pública é um mero agente que chancela a subsunção do fato à norma jurídico-penal, em atividade que se atém à análise da tipicidade formal de um fato ou, para além, se referida autoridade possui o poder-dever de também avaliar a tipicidade material (incluindo a tipicidade conglobante) de um crime.

¹²⁹ Sabe-se que são enormes os custos estatais decorrentes da atuação das polícias, especialmente os atinentes aos atos procedimentais coligados às investigações criminais, lavraturas de autos de prisão, instauração de inquéritos policiais e manutenção do preso em unidades penitenciárias e prisionais. O dinheiro público, pertencente à coletividade, deve ser utilizado de forma a prezar pela adequada análise de relevância dos custos. O reconhecimento da atribuição da autoridade de polícia judiciária para decidir sobre a atipicidade do fato é, desta feita, além de um pilar garantista em favor do investigado, uma medida de economia das verbas públicas.

Entender pela fria análise da tipicidade formal, um mero ajuste do fato à lei, é relegar à autoridade de polícia judiciária um feito que se assemelha a um computador que faz simples subsunção de um fato à norma literal, descabendo, portanto, a própria existência da figura desta autoridade, já que tal feito, por pura economicidade, poderia ser realizado pela máquina programada para análise gramatical do ocorrido, cabendo ao policial condutor simplesmente colher o recibo, recolher o preso ao cárcere e findar seu mister. Questiona-se se tal feito representa a preservação da tão preconizada dignidade da pessoa humana.

BRITO, FABRETTI e LIMA (2015) afirmam que a doutrina clássica confere ao delegado de polícia a simples verificação “[...] se estão presentes os elementos que caracterizam a tipicidade.” (BRITO, FABRETTI; LIMA, 2015, p. 252). Contudo, os autores expõem que

[...] essa posição não nos parece a mais adequada, até porque a tipicidade de uma conduta poderá depender, inclusive, da teoria do delito que se adota: basta pensarmos que para os seguidores da teoria dos elementos negativos do tipo, que considera o delito como uma antijuridicidade tipificada, a excludente de ilicitude é na verdade uma excludente de tipicidade. Não analisá-la seria o equivalente a prender alguém em flagrante por uma conduta atípica. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 253).

Creemos que a Constituição Federal, ao atribuir as funções de polícia judiciária à autoridade policial, e as disposições previstas em leis que reconhecem a carreira jurídica ao cargo de delegado, certamente não tiveram por fito robotizar os procedimentos de incumbência destas autoridades. A atuação exige uma detida análise de fatos cujas decisões tangenciam direitos fundamentais, que invariavelmente devem ser preservados pela primeira autoridade com poder para impedir a violação desses próprios direitos.

Diante dos preceitos constitucionais e do necessário garantismo penal que deve permear o *jus puniendi*, incluindo especialmente uma decisão sobre a prisão em flagrante de alguém, verifica-se que à autoridade de polícia judiciária é reservada uma peculiar atribuição eminentemente decisória de cerceamento ou não da liberdade de alguém, o que decerto é suficiente para conferir à referida autoridade o poder-dever de analisar a tipicidade material de um fato. Afinal, o detido é um sujeito de direitos, não um mero objeto de um procedimento de apuração sumária dos fatos.

Importante considerar que a autoridade de polícia judiciária, cuja atividade em um caso de flagrante inclui findar o procedimento com a decisão de recolher ou não

uma pessoa à prisão, deve ter incluído no exercício do seu poder a avaliação da tipicidade material de um crime. Afinal, a ratificação da prisão é decorrente do reconhecimento de fato típico, e não o reverso.

A tipicidade material, que revela uma violação ao bem jurídico, carrega em seu bojo, entre outros, os princípios da insignificância e da adequação social. A tipicidade conglobante, ao prever a necessidade de que a conduta seja antinormativa, atrai as excludentes do estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito para o fato típico. Pode-se chegar à semelhante conclusão sobre referidas excludentes quando se avalia a imputação objetiva sob o foco da atuação baseada na vertente do risco permitido ou no âmbito de proteção da norma.

Ademais, avaliar um fato sob o prisma da teoria da imputação objetiva, pelo viés de Claus Roxin, permite chegar à conclusão de que, no âmbito da análise da tipicidade por parte da autoridade de polícia judiciária, é possível afastar situações que padecem de tipicidade e impedir que se permaneça a lógica sádica e perversa do mero recolhimento ao cárcere de pessoa que evidentemente não praticou fato típico.

Importante destacar que a atuação da autoridade de polícia judiciária em um sistema com base no garantismo penal, ancorado na Constituição Federal, abrange a aplicação de diversos princípios que subsidiam o direito penal, dentre os quais a fragmentariedade, a subsidiariedade, a ofensividade, a insignificância, a adequação social e a intervenção mínima, conforme alhures conceituados.

Como já apontado no decorrer da pesquisa, diante da necessidade de se preservar a dignidade da pessoa detida, com especial foco na liberdade, a avaliação sobre a tipicidade de um fato submetido ao crivo analítico da autoridade de polícia judiciária deve abranger todo o fato típico, o que decerto inclui a teoria da imputação objetiva.

Cumprido destacar que não há dispositivo normativo que vede a análise da tipicidade penal em sua plenitude pela autoridade de polícia judiciária, razão por que, ancorado nos princípios e na legislação que confere à referida autoridade o poder-dever decisório diante da análise de uma prisão em flagrante delito, chega-se à ilação de que em um Estado Democrático de Direito, com base no garantismo, jamais um fato atípico deve gerar qualquer procedimento contra uma pessoa,

cabendo ao próprio Estado obstaculizar que a persecução penal se inicie sem o mínimo lastro de tipicidade.

Assim, é de suma importância que a autoridade de polícia judiciária apresente os argumentos necessários de constatação da atipicidade do fato e, por consectário, que revele a inviabilidade de instauração do próprio inquérito policial. Para tanto, basta a comunicação ao Ministério Público das conclusões da verificação de procedência das informações, como sugerido nesta pesquisa.

5.3.1 Aplicação da teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária através do método entimemático: materializando os estudos da obra do Prof. Cláudio Brandão na fase pré-processual

Cogitando-se, como se defende, pela aplicação da teoria da imputação objetiva por parte da autoridade de polícia judiciária quando atua diante de um caso envolvendo o flagrante delito, apresenta-se como viável que também se reflita sobre utilização do método entimemático conforme preconizado pelo prof. Cláudio Brandão em sua obra intitulada ‘Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática penal ao giro conceitual do método entimemático’.¹³⁰

Sem a pretensão de exaurir os profundos estudos sobre o tema levados a cabo pelo aludido professor pernambucano, o método entimemático envolveu estudos aristotélicos resgatados na referida obra e demonstrados como de aplicabilidade prática diante de uma abertura interpretativa viável quando do julgamento de uma causa penal.

Conforme aduz Cláudio Brandão (2014), “A dogmática penal e, em particular, a teoria do crime - que, como visto, tem na tipicidade o seu primeiro elemento, seguindo-se posteriormente a antijuridicidade e a culpabilidade – representam em si uma limitação ao *jus puniendi*.” (BRANDÃO, 2014, p. 187). Assim, prossegue o autor,

¹³⁰ A teoria da imputação objetiva, como destacado no decorrer da pesquisa, tem lastro no funcionalismo. De acordo com o Prof. Cláudio Brandão, ao tratar do conceito de ação defendido pelo funcionalismo, “[...] a deficiência desta é relegar a ação a um plano secundário na teoria do delito e esvaziá-la na função de elo entre os elementos do crime, que os harmoniza e sistematiza” (BRANDÃO, 2019, p. 75). Assim, ainda que o jurista seja adepto à teoria finalista (BRANDÃO, 2019, p. 75-76), sua obra intitulada ‘Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática penal ao giro conceitual do método entimemático’ permitiu que fosse feita uma reflexão sobre a aplicação concreta da teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária, conforme proposto neste capítulo.

[...] a teoria do crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um *método*, pois funciona como um 'caminho' para se chegar ao seu conceito. (BRANDÃO, 2014, p. 188).

Durante o iluminismo era conferida especial relevância às leis para se conter o arbítrio estatal porque, nas palavras de Cláudio Brandão (2014),

[...] se acredita que a lei contém todo o direito, o método de aplicação do direito será o silogismo demonstrativo. A lei, que encerra os casos hipoteticamente considerados e os regula, será a premissa maior, o fato humano, objeto da regulação da lei, será a premissa menor, enquanto que a sentença judicial que aplica a lei ao caso será a conclusão do silogismo. (BRANDÃO, 2014, p. 198).

Cabe destacar, parafraseando o referido professor ao trazer os ensinamentos de Aristóteles sobre silogismo (BRANDÃO, 2014, p. 202), que há diferença entre o silogismo demonstrativo ou científico, caracterizado compreensão das coisas pelo simples fato de apreendê-la; silogismo dialético, baseado em premissas prováveis, em opiniões; e o silogismo retórico ou entimema, construído através do protagonismo da retórica, que será adiante melhor explicado.¹³¹ Cláudio Brandão (2014), ao citar Sobota,¹³² afirma que “[...] o silogismo nunca foi um método do direito, mas ele representou apenas um estilo de apresentação da decisão jurídica.” (BRANDÃO, 2014, p. 203). Afinal, embora não se negue a importância da lei, a complexidade do direito penal não se encerra na previsão legal.

Como bem lembra Brandão (2014) ao definir o entimema,¹³³ trata-se de um silogismo retórico tendo em vista que “[...] nele uma das premissas está implícita.” (BRANDÃO, 2014, p. 205). Por esta razão, prossegue o professor, “[...] a conclusão

¹³¹ Adiante-se, porém, como adverte Cláudio Brandão (2014), que “Em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método.” (BRANDÃO, 2014, p. 205).

¹³² SOBOTA, Katharina. “Não mencione a norma!”. Anuário do Mestrado em Direito. N. 7. Recife: UFPE. 1996. p. 259.

¹³³ José Ferrater Mora (1964), ao definir entimema dentre os significados, afirma que “[...] o entimema expressa a demonstração de um orador e é o mais ‘eficaz’ dos meios de demonstração. Entimema é uma espécie de silogismo: silogismo retórico.” (FERRATER MORA, 1964, p. 534, tradução nossa). Em outra acepção, inclusive mencionada por Brandão (2014, p. 206-207), o entimema “é um silogismo incompleto, por que uma das premissas não é expressa. Se estiver faltando a premissa maior, o entimema é chamado de primeira ordem; se estiver faltando a premissa menor, é chamado de segunda ordem.” (FERRATER MORA, 1964, p. 534, tradução nossa). Texto original: “[...] el entimema expresa la demostración de un orador y que se trata de la más ‘efectiva’ de las maneras de demostración. El entimema es una clase de silogismo: el silogismo retórico.” “[...] es un silogismo incompleto, por no ser expresada una de las premisas. Si falta la premisa mayor el entimema es llamado de primer orden; si falta la premisa menor, es llamado de segundo orden.”

não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas e para fundamentá-la, exige-se a utilização da retórica.” (BRANDÃO, 2014, p. 206).¹³⁴

Cabe salientar, conforme aponta Brandão (2014), que no entimema de primeira ordem “[...] a premissa menor é conhecida pelo *sujeito cognoscendi* em primeiro lugar, após isso ele intui a conclusão e busca uma premissa maior para justificá-la em sua argumentação [...]” (BRANDÃO, 2014, p. 209), concluindo-se que a premissa maior é tida, por esta razão, como oculta.

Advirta-se que em um Estado que preze pela democracia e efetive os direitos e garantias individuais, com substrato da dignidade da pessoa humana, ao ingressar, por meio de seus agentes, na seara penal, jamais poderá valer-se de interpretações e métodos de aplicação do direito que tenham por escopo fazer sobrelevar um direito penal máximo.

Assim, defende-se nesta pesquisa a abertura permitida pelo método entimemático através da retórica, decorrente de sua premissa elíptica, apenas e tão somente tem sentido se envolver benefícios à pessoa detida em flagrante, o que inclui a incidência de causas supralegais do direito penal.¹³⁵ Nesse sentido, o caso pode ser solucionado pelo reconhecimento da atipicidade da conduta decorrente da aplicação da teoria da imputação objetiva. Ao revés, para fins de reconhecimento de qualquer tipo de crime ou implicação negativa ao pretense acusado, volve-se à base do direito penal lastreada pelo estrito princípio da legalidade.¹³⁶

De forma acertada, Brandão (2014) alerta para o fato de que “A função da tipicidade é dar um limite negativo ao entimema.” (BRANDÃO, 2014, p. 213). Prossegue afirmando que “[...] a liberdade de escolha da premissa maior, em sede de direito penal, está limitada se a conclusão representar um prejuízo para o réu, e este limite é a tipicidade.” (BRANDÃO, 2014, p. 213). Refletir de forma diversa é caminhar para uma analogia *in malam partem*, refutada cabalmente em direito penal.

¹³⁴ Porém, já adianta Brandão (2014) que “[...] a premissa existe, só que ela se encontra elíptica, por isso ela é construída retoricamente, daí ser o entimema chamado de silogismo retórico.” (BRANDÃO, 2014, p. 207).

¹³⁵ Nesse sentido Brandão (2014) destaca que “As causas supra-legais tem um fundamento que se baseia na proporcionalidade, logo, a noção de bem jurídico está na sua essência.” (BRANDÃO, 2014, p. 221).

¹³⁶ Cláudio Brandão afirma que “Caso o juiz escolha uma premissa maior diferente da lei como fundamento de uma conclusão que represente um prejuízo ao réu, a decisão estará eivada de inconstitucionalidade, em face da violação do comando do princípio constitucional da legalidade penal.” (BRANDÃO, 2014, p. 214).

Nesse contexto, entendendo que a autoridade de polícia judiciária atua como *longa manus* do Poder Judiciário ao decidir sobre a ratificação ou não de uma prisão decorrente de um flagrante delito, razoável refletir sobre a incidência do método entimemático cuja aplicação, em busca de justificação de uma conclusão pela atipicidade da conduta, poderá encontrar albergue na elipse da premissa maior caracterizada pela incidência da teoria da imputação objetiva. Afinal, a imputação como elemento normativo do tipo está implícita nas figuras típicas.

Assim, reconhecido que o fato é atípico com espeque na teoria da imputação objetiva, a autoridade de polícia judiciária restabelece a liberdade do detido aplicando, na prática, o método entimemático, já que justifica sua conclusão contingente com a análise do fato, caracterizado pela premissa menor, e do direito, com a aplicação da teoria da imputação objetiva que é alocada, para o caso concreto, em sua premissa maior.

Desta feita, como a teoria do crime tem na tipicidade seu primeiro elemento e “[...] tudo o que não se amoldar nos critérios da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado.” (BRANDÃO, 2014, p. 188), se a autoridade de polícia judiciária verifica a atipicidade de um fato o *jus puniendi* não subsiste, com a ressalva de que o feito deve ser comunicado ao Ministério Público já que, além de titular privativo da ação penal pública, o órgão é responsável pelo controle da atividade policial.

Chega-se à ilação, portanto, que a construção do método entimemático proposto pelo professor Cláudio Brandão permite, com sua peculiar abertura interpretativa, que a decisão da autoridade de polícia judiciária possa ter por base a aplicação imediata da teoria da imputação objetiva capitaneada por Claus Roxin.

Dada a abertura silogística oportunizada pelo método entimemático e que marca a completude das decisões pela interpretação em favor do acusado, conforme lições do Prof. Cláudio Brandão, verifica-se que no momento em que a autoridade de polícia judiciária se mune das funções do Poder Judiciário, ainda que precárias, é cabível que decida no sentido de aplicar a teoria da imputação objetiva.

Se à autoridade policial é reconhecido o exercício da atividade de polícia judiciária quando de sua atuação em casos de flagrante delito e, ainda, atendendo às disposições legais que atribuem o *status* de carreira jurídica à referida autoridade, aventa-se a possibilidade deste aplicar, de imediato, a teoria da imputação objetiva e, em decorrência da atipicidade da conduta, sequer lavrar o auto de prisão em

flagrante, atendo-se em formalizar o feito de maneira singela por meio da verificação de procedência das informações (VPI).

Como *longa manus* do Poder Judiciário é possível que, na seara da abertura interpretativa permitida pelo método entimemático e verificada a atipicidade da conduta, a autoridade policial decida pela liberdade do detido em decorrência da não lavratura do auto de prisão em flagrante delito, referendando o fundamento constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, fazendo uma releitura adaptativa da obra do Prof. Cláudio Brandão, toda vez que for possível uma interpretação pelo método entimemático que invariavelmente favoreça a condição daquele que praticou um fato supostamente criminoso, soergue-se como digno e lícito que a autoridade de polícia judiciária, com seu mister peculiar, aplique a teoria da imputação objetiva como forma de retirar, ao menos inicialmente, das sendas de um procedimento investigativo, fato que se torna irrelevante ao direito penal em razão da ausência de violação ao bem jurídico.

5.4 A importância dos axiomas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e sua observância necessária pela autoridade de polícia judiciária

O jurista italiano Luigi Ferrajoli dispôs em seu livro intitulado 'Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal' que o *jus puniendi* detido exclusivamente pelo Estado deve ser baseado em critérios normativos composto de regras e princípios que regulem o arbítrio estatal e preservem a dignidade da pessoa humana, o que ficou conhecido como garantismo penal. Nesse sentido, afirma Ferrajoli (2002) que

A unidade do sistema [...] depende, segundo meu modo de ver, do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (FERRAJOLI, 2002, p.30)

Por vezes mal interpretado e até mesmo satirizado numa sociedade que preconiza a nefasta e refutável máxima de que 'bandido bom é bandido morto', o garantismo penal não possui pretensão abolicionista ou mesmo de permitir uma anarquia social.

Ao revés, pretende-se com o garantismo apresentar critérios, conhecidos como axiomas, que permitam uma atuação legítima do Estado desde a tipificação de um crime até o exercício do poder de punir que deve, necessariamente, ter por vetor a dignidade da pessoa humana e todos os princípios a ela vinculados.

As ideias propedêuticas que aventaram a existência de um garantismo penal remontam ao tempo da expansão do iluminismo no século XVIII. Porém, o tema ganha contornos dogmáticos quando sistematizado na obra de Luigi Ferrajoli, intitulada 'Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal', publicada no ano de 1989.

Nesse sentido, Ferrajoli (2002) aduz que:

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico, a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. (FERRAJOLI, 2002, p. 29)

Luigi Ferrajoli, buscando conferir uma base principiológica que proteja as liberdades das pessoas, estatui as dez premissas, mais conhecidas como axiomas, que condicionam o poder de punir estatal a parâmetros de base constitucional, situação que permite a justificação da atuação soberana do Estado sobre seus cidadãos.

Afinal, a atividade punitiva estatal não prescinde e nem mesmo é incompatível com os pressupostos do garantismo penal. Ao revés, tão somente através destes pressupostos é que se tem por legítimo o poder de punir do Estado.

Aquele sobre o qual pende a acusação de um crime deve ter todos os seus direitos constitucionais preservados. Assim, as máximas de observância obrigatória apresentadas por Ferrajoli representam as garantias mínimas sobre as quais o Estado deve ancorar-se quando da existência de um crime, o que inclui a celeridade na aplicação da lei. Beccaria [1764]/(2005) dispôs em sua obra 'Dos Delitos e Das Penas' que "A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual se aparece alguma esperança de impunidade." (BECCARIA, 2005, p. 64).

Como já introduzido, Ferrajoli (2002, p. 74-75) condensou sua perspectiva do garantismo penal em dez axiomas, os quais encontram-se dispostos em uma ordem vetorial de pressupostos assim apresentados:

- 1) *Nulla poena sine crimine* (Não há pena sem crime), que representa o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.
- 2) *Nullum crimen sine lege* (Não há crime sem lei), que trata do princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito.
- 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (Não há lei penal sem necessidade), que versa sobre o princípio da necessidade ou da economia do direito penal.
- 4) *Nulla necessitas sine injuria* (Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), atinente ao princípio da lesividade ou ofensividade do evento.
- 5) *Nulla injuria sine actione* (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação), ligado ao princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.
- 6) *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa), que representa o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.
- 7) *Nulla culpa sine iudicio* (Não há culpa sem processo), que versa sobre princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito.
- 8) *Nulla iudicium sine accusatione* (Não há processo sem acusação), que trata do princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação.
- 9) *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova), atinente ao princípio do ônus da prova ou da verificação.
- 10) *Nulla probatio sine defensione* (Não há prova sem defesa), ligado ao princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Da leitura dos axiomas de Ferrajoli é inegável chegar à conclusão de que todos, definitivamente, são de força cogente em um Estado que se anuncie como sendo democrático de direito. Não obstante adverte o jurista Norberto Bobbio em prefácio à obra de Ferrajoli, segundo o qual o modelo de garantismo proposto na obra do italiano é “[...] ideal de cuja realidade se pode mais ou menos aproximar.” (FERRAJOLI, 2002, p. 9), temos como inegociável a um Estado de base democrática e protetiva dos direitos fundamentais que flexibilize os parâmetros seguros delineados por Ferrajoli.

Destaque especial ao primeiro axioma do garantismo penal, o qual enuncia que não há pena sem crime (*Nulla poena sine crimine*), e sua íntima correlação com a tipicidade penal destacando-se, por consectário, a atuação da autoridade de polícia judiciária quando da aferição deste elemento do fato típico que aponta pela existência ou não de um crime.

Se o pré-requisito da persecução penal é a própria existência de um crime, caso a autoridade de polícia judiciária constate que tal não ocorreu, dada a ausência de elementos imprescindíveis para o reconhecimento da existência de um delito, a análise do fato resta exaurida já no primeiro axioma do garantismo penal, ou seja, a inexistência do próprio crime decorrente da atipicidade do fato impede a análise de qualquer outro axioma. Afinal, se não há pena sem crime nada mais se faz necessário observar a não ser recompor imediatamente a liberdade daquele detido, retirando-lhe o peso dos tentáculos da persecução penal.

Não obstante, lembre-se ainda o quarto axioma de Ferrajoli, segundo o qual *Nulla necessitas sine injuria*, que se conecta necessariamente com a própria noção de ofensa ao bem jurídico preconizada por Claus Roxin como imprescindível à existência de um crime. Assim, uma conduta que não fere o bem jurídico tutelado pela norma penal não deve ser objeto de persecução por parte do Estado, já que tal figuraria flagrante afronta às liberdades individuais, especialmente a de não ser investigado ou processado por fato que sequer é considerado crime numa concepção analítica da tipicidade.

Desta feita, examinar o direito penal sob o viés do garantismo proposto por Luigi Ferrajoli é uma perspectiva impositiva diante de um Estado Democrático de Direito, o qual confere legitimidade às autoridades de polícia judiciária, por meio dos axiomas do jurista italiano, para referendar posicionamento segundo o qual a atuação sobre casos eivados de atipicidade deve de pronto ser inumados para se evitar uma persecução penal onerosa e de nenhuma utilidade.

5.5 Implementação da teoria da imputação objetiva pela polícia judiciária

A base jurídica brasileira confere atribuição elástica à autoridade de polícia judiciária que se encontra diante de um caso de flagrante delito, já que referida autoridade detém um grande poder decisório sobre a liberdade do detido, podendo

concedê-la após análise jurídica do caso ou, como medida drástica, recolher ao cárcere o suposto autor do fato.

Assim, é consectário lógico que diante da atribuição sensível e limitadora de direitos fundamentais conferida à autoridade de polícia judiciária, resta de suma importância que o exercício desta prerrogativa esteja eminentemente lastreada por matizes principiológicas. Afinal, pode a autoridade ratificar ou não a prisão em flagrante ou mesmo sequer lavrar o auto de prisão caso vislumbre a aplicação da teoria da imputação objetiva.

O garantismo penal, como já destacado, compreende máximas que versam sobre um direito penal com esboço em balizas que preservam a dignidade da pessoa humana, tratando o autor de um fato como um sujeito de direitos e não um mero objeto dos procedimentos persecutórios penais.

Destarte, diante de um caso envolvendo a apresentação de um detido em flagrante delito, possui a autoridade de polícia judiciária o poder-dever de realizar a adequação típica do fato o que, a nosso sentir, deve abranger as tipicidades formal, material e conglobante, aplicando-se a teoria da imputação objetiva até mesmo como eventual reconhecimento de excludentes de tipicidade.

Diante desta ampla atuação da autoridade de polícia judiciária resta, objetivamente, apresentar casos exemplificativos sobre os quais é possível que referida autoridade possa atuar, certamente sem a pretensão de exaurí-los.

Pendendo pela atipicidade do fato decorrente da aplicação da teoria da imputação objetiva, poderá a autoridade deixar de atuar em flagrante delito, procedendo à arrematação dos documentos até então produzidos com ulterior compilação em procedimento próprio, ao que entendemos pertinente a verificação de procedência das informações, encaminhando-os ao Ministério Público para que efetive as medidas que entender pertinentes.

O princípio da insignificância ou bagatela, como já retratado em tópico próprio, é uma hipótese que exclui a tipicidade, sendo proposto ao direito penal por Claus Roxin em decorrência da ausência de afetação ao bem jurídico. Relembra Zaffaroni e Pierangeli (2002) que

A conduta de quem estaciona seu veículo tão próximo a nosso automóvel, a ponto de nos impedir a saída, não configura privação da liberdade; nem os presentes de uso, como as propinas aos servidores públicos por ocasião do Natal, configuram uma lesão à imagem pública da administração, configuradora da tipicidade do art. 317 do CP; nem arrancar um fio de

cabelo, por mais que possa ser considerada uma ofensa à integridade corporal (art. 129 do CP), resulta numa afetação do bem jurídico típico de lesões; nem a subtração de um palito de fósforo da caixa que encontramos no escritório vizinho configura um furto, ainda que se trate de coisa móvel totalmente alheia. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 562).

Assim, reconhecendo a insignificância caracterizada pela mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, vê-se como adequada a aplicação da teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária como forma de repelir o recolhimento ao cárcere em ratificação de flagrante delito cujo procedimento está fadado ao insucesso por ausência de justa causa. Afinal, trata-se, a nosso sentir, de uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Erige-se, nesse contexto, o princípio da intervenção mínima do direito penal, especialmente porque a teoria da imputação objetiva exige relevância jurídica do resultado para que ocorra a tipicidade. Não sendo relevante, a lesão resta insignificante.

Destaque-se que os casos mais notórios de aplicação do princípio da insignificância referem-se, como relembra Damásio (2013), ao “[...] furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc.” (JESUS, 2013, p. 52-53). Ademais, conforme revisão do Tema 157 do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida na data de 28/02/2018, foi unificado o entendimento, alinhando-se o Tribunal Superior ao que já fazia o STF, tratando do princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Importante lembrar que o STJ editou os enunciados de súmulas 589 e 599 segundo os quais, respectivamente, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a administração pública e, ainda, não incide nos crimes e contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Também é de importância peculiar a chamada teoria da adequação social, que nas palavras de Luiz Régis Prado (2010) foi “[...] concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem.” (PRADO, 2010, p. 153). Prossegue o autor afirmando que

[...] ação adequada socialmente é toda atividade desenvolvida no exercício da vida comunitária segundo uma ordem condicionada historicamente. É ela portadora de um determinado significado social, sendo expressada funcionalmente no contexto histórico-social da vida de um povo. (PRADO, 2010, p. 153).

Portanto, a nosso sentir constitui função da autoridade de polícia judiciária aferir a existência ou não de adequação social diante de um caso trazido à sua análise quando de uma prisão em flagrante delito, já que tal fato não fere o bem jurídico tutelado pela norma penal fazendo surgir a atipicidade da conduta. Já ressaltava Fernando Galvão da Rocha que “A ideia central do princípio da adequação social é que as condutas que se movem nos limites da ordem ético-social, ainda que formalmente se enquadrem na previsão típica, não poderão subsumir-se a ele.” (ROCHA, 2000, p. 22).

Como exemplos de adequação social temos casos de mães que perfuram as orelhas das suas filhas ou mesmo realização de tatuagem, quando temos casos sobre os quais há perfeita tipicidade formal da conduta característica do crime de lesões corporais mas, ao revés, não se tem como crime a conduta praticada por tratar-se de fato albergado pela adequação social, que exclui a tipicidade material de um fato. Outro exemplo, relembra Fernando Galvão da Rocha (2000), é o caso da “[...] gorjeta de fim de ano que os moradores oferecem aos funcionários públicos que realizam a limpeza dos logradouros.” (ROCHA, 2000, p. 22). Neste último exemplo percebe-se que Zaffaroni e Pierangeli, como acima mencionado, entendem que tal fato refere-se ao princípio da insignificância. Cabe ressaltar que a adequação social deve estar em consonância com as balizas instituídas pela Constituição Federal.

Conforme observa Fernando Galvão da Rocha (2000), com base na teoria da imputação objetiva “Roxin sustenta ser desnecessário recorrer ao argumento da inadequação social (de critérios imprecisos) para excluir-se a tipicidade.” (ROCHA, 2000, p. 24). Roxin se refere ao risco juridicamente irrelevante, afirmando que “[...] não é necessário recorrer à adequação social para excluir uma tipicidade que não segue os critérios gerais.” (ROXIN, 1997, p. 295, tradução nossa).¹³⁷

Quanto aos delitos omissivos impróprios, a relação de causalidade é normativa, o que torna ainda mais adequada a aplicação da teoria da imputação

¹³⁷ Por tanto, no es preciso acudir a la adecuación social para excluir una tipicidad que no procede ya con los criterios generales.

objetiva. Nesse sentido, percebe-se que a redação do art. 13, § 2º,¹³⁸ do Código Penal, que trata dos garantidores, deixa antever o interesse do legislador pela acepção do resultado em seu sentido jurídico.

Bacigalupo (1996) assim já deixava antever quanto à teoria da imputação objetiva ser aplicável tanto nas ações quanto nas omissões, dispondo que:

[...] na dogmática moderna do delito, os problemas da causalidade perdem considerável significância. Hoje não se pergunta se uma ação ou omissão são causas do resultado, senão se o resultado é objetivamente imputável à ação ou à omissão. A diferença substancial entre uma e outra pergunta é clara: embora os problemas de causalidade devam resolver-se segundo regras físicas, os que rodeiam a imputação objetiva dependem de critérios derivados da finalidade e do conteúdo da norma. (BACIGALUPO, 1996, p. 229, tradução nossa).¹³⁹

Em relação aos crimes tentados, o resultado imputado ao agente não decorre de um resultado naturalístico, mas da ação resultante de um risco que produz ou expõe um bem jurídico protegido pela norma penal, havendo um resultado jurídico a ser considerado. Nesse sentido, o resultado não é analisado sob o manto do resultado naturalístico, mas sim versando sobre a vertente de existência ou não de um risco ao bem jurídico que esteja ou não juridicamente guarnecido pela norma penal e que, no caso concreto, não se afetou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Assim, na tentativa também existe resultado jurídico ou normativo, atraindo a aplicação da teoria da imputação objetiva.

Em relação aos crimes culposos, a teoria da imputação objetiva incide no sentido de que a realização do resultado decorrente de inobservância de um dever objetivo de cuidado e representa a vertente do risco proibido característico da teoria em comento.

¹³⁸ Art. 13 (...) Relevância da omissão § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹³⁹ [...] en la dogmática moderna del delito los problemas de la causalidad han perdido considerable significación. Hoy no se pregunta si una acción o una omisión son causales del resultado, sino si el resultado es objetivamente imputable a la acción o a la omisión. La diferencia sustancial entre una y otra pregunta es clara: mientras los problemas de causalidad deben resolverse según reglas físicas, los que plantea la imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de la norma.

Percebe-se como viável, ademais, a aplicação da teoria da imputação objetiva quando da diminuição do risco, já que os pretensos danos à vítima são minorados pela ação do terceiro, albergado pela excludente de tipicidade.

Outro aspecto relevante que poderia ser aferido pela autoridade de polícia judiciária refere-se ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito. Cabe destacar que pela doutrina tradicional, considera-se que ambas são excludentes de antijuridicidade, conforme também previsto no art. 23 do Código Penal Brasileiro.

Ao tratar da tipicidade conglobante, Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 460-461) aduzem que ambas se referem à excludentes de tipicidade, já que, para os autores, não se pode considerar típica uma conduta que a própria norma jurídica determina ou fomenta.

Conforme apresentado, também é possível cogitar que a teoria da imputação objetiva, no elemento normativo segundo o qual o agente pratica no âmbito de um risco permitido, albergue tanto a excludente do estrito cumprimento de dever legal quanto a discriminante do exercício regular de direito, já que a atuação do agente está regulada pela norma jurídica como obrigação ou fomento, o que permite alocá-los como excludentes da tipicidade de um crime e não da antijuridicidade.

Assim, intervenções cirúrgicas,¹⁴⁰ atuações de um oficial de justiça ou de um policial no cumprimento do seu mister e, ainda, violência desportiva praticada nos limites das regulamentações do desporto são exemplos típicos de excludentes de tipicidade, o que permite que a autoridade de polícia judiciária realize a análise da tipicidade material do crime aplicando a teoria da imputação objetiva. Assim, referida autoridade deixará, em diversos casos, de ratificar uma prisão em flagrante delito em razão da atipicidade da conduta.

Quanto à competência ou capacidade da vítima, na situação de consentimento do ofendido, vislumbra-se a possibilidade de deslocamento deste tipo de caso comumente considerado como causa supralegal de exclusão da

¹⁴⁰ As intervenções cirúrgicas podem se referir ao exercício regular de um direito ou mesmo ao estado de necessidade. Deve-se observar, porém, que nem sempre há, de fato, uma necessidade decorrente de perigo atual ou iminente. Quanto à iminência do perigo, embora a norma jurídico-penal justificante que trata da excludente de ilicitude do estado de necessidade apenas faça menção a perigo atual, há quem entenda na doutrina que o perigo poderá ser iminente como apto a atrair a excludente. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo (1994) afirma que “Perigo é a probabilidade de dano. Perigo atual ou iminente (a atualidade engloba a iminência do perigo) é o que está prestes a concretizar-se em um dano, segundo um juízo de previsão mais ou menos seguro.” (TOLEDO, 1994, p. 184-185).

antijuridicidade¹⁴¹ para, agora, diante dos argumentos, considerá-la um fato atípico, o que decerto possibilita à polícia judiciária deixar de realizar a prisão em flagrante em decorrência da aplicação da teoria da imputação objetiva.

Levando em consideração, por hipótese, que a teoria da imputação objetiva possa incidir sobre todos os delitos, numa concepção extensiva, e aplicando a disposição de Zafaroni segundo a qual todo crime deixa resultado material, seria possível cogitar a incidência da teoria em estudo aos crimes formais e de mera conduta,¹⁴² com destaque para os crimes de perigo. Nesse sentido, uma munição em calibre diverso do que consta no registro de uma arma que é encontrada com um policial não constituiria crime, já que o policial tem porte de outras armas de calibres diversos e isso não geraria aumento do risco permitido.

Desta feita, conforme já deixamos registrado, no momento em que a autoridade de polícia judiciária avalia um caso de prisão decorrente de flagrante delito é possível que reconheça a atipicidade da conduta tendo por base a aplicação da teoria da imputação objetiva, formalizando o feito através do procedimento denominado verificação de procedência da informação, remetendo o ocorrido para o Ministério Público para fins de controle, fiscalização e eventual atuação caso entenda pertinente. O que não se pode conceber é a elaboração de inquérito policial, iniciado por meio de um auto de prisão em flagrante delito, cuja gênese advenha de um fato atípico. Muito menos se deve cogitar o recolhimento ao cárcere

¹⁴¹ Rogério Greco (2016) afirma que o consentimento do ofendido tanto poderá afastar a tipicidade quanto a ilicitude. Nesse sentido, exemplifica dizendo que “No caso de delitos contra a dignidade sexual, se a mulher consente na relação sexual, não se poderá cogitar em tipicidade da conduta daquele que com ela mantém conjunção carnal; na violação de domicílio [...], se quem de direito permite o ingresso de outrem em sua residência, também não haverá tipicidade na conduta deste último. Contudo, há situações em que o fato é típico, mas não será antijurídico em virtude do consentimento do ofendido. Podemos citar como exemplo o caso daquele que permite que alguém lhe faça uma tatuagem. Existe, em tese, a figura da lesão corporal, uma vez que o tatuador, ao exercer a sua atividade, ofende a integridade física daquele que deseja tatuar o corpo. Embora típica, a conduta deixará de ser ilícita em razão do consentimento dado para tanto. No crime de dano [...], se alguém permite que a sua coisa seja destruída, em que pese o fato ser típico, nessa hipótese, também, não será antijurídico.” (GRECO, 2016, p. 477-478).

¹⁴² Enrique Bacigalupo (1996) afirma que não é possível a aplicação da teoria da imputação objetiva aos crimes de mera conduta, dispondo que “Nos delitos de atividade, ao contrário dos delitos de resultado, o tipo se esgota na realização de uma ação que, embora lesiva ao bem jurídico, não produz resultado material ou perigo algum. A questão da imputação objetiva é, por conseguinte, totalmente alheia aos tipos penais, dado que não vinculam a ação com um resultado ou com o perigo da sua produção.” (BACIGALUPO, 1996, p. 85-86, tradução nossa). Texto original: “En los delitos de actividad, al contrario de los de resultado, el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno. La cuestión de la imputación objetiva es, por consiguiente, totalmente ajena a estos tipos penales, dado que no vinculan la acción con un resultado o con el peligro de su producción.”

de pessoa cuja atipicidade da conduta seja reconhecida, igualmente, pela teoria da imputação objetiva.

Cabe observar que em caso de dúvidas quanto à legalidade, existência de tipicidade, aplicação da teoria da imputação objetiva, inclusive sobre os limites do exercício regular de direito ou do estrito cumprimento de dever legal (para quem considera aplicável referida teoria nestes casos tendo por base o risco permitido), a autoridade de polícia judiciária deve instaurar o competente inquérito policial visando arregimentar provas suficientes que sirvam de calço para o indiciamento ou não do investigado, remetendo o feito ao Ministério Público.

Importante reiterar que embora não seja objeto do presente trabalho, entendemos que o delegado de polícia tem atribuição, inclusive, de reconhecer excludentes de antijuridicidade justificantes¹⁴³ e excludentes de culpabilidade. Porém, nesses casos entendemos que seria imprescindível a instauração de inquérito policial, não obstante a possibilidade de liberação do detido em flagrante em razão do reconhecimento, mesmo em análise preambular, das excludentes de antijuridicidade e, avaliando o caso concreto, das excludentes de culpabilidade.

5.6 Exemplos de julgados que aplicaram a teoria da imputação objetiva no Brasil

Embora a pesquisa em comento tenha por foco centrar os estudos na aferição da viabilidade de se aplicar a teoria da imputação objetiva pela autoridade de polícia judiciária, quando da sua atuação em casos de flagrante delito, consideramos importante apresentar dois julgados que evidenciam a aplicabilidade prática da referida teoria, sendo um do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesse sentido, entendemos ser um avanço em razão da maior elasticidade interpretativa das teorias do direito penal em prol da dignidade da pessoa humana.

Assim, pede-se vênia para trazer escorço de julgado do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu e aplicou a teoria da imputação objetiva, erigindo a ausência

¹⁴³ Referimos nesse contexto às excludentes de antijuridicidade justificantes, caracterizadas pela legítima defesa e pelo estado de necessidade, já que as excludentes permissivas, conforme apontado, são caracterizadas pelo estrito cumprimento de dever legal e pelo exercício regular de direito e figuraram como excludentes de tipicidade, seja pela atipicidade conglobante, seja pela teoria da imputação objetiva quando analisada pelo vetor do risco permitido.

de elemento normativo da referida teoria caracterizado pela falta de criação de um risco não permitido, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas". 2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina. 3. Por outro lado, narrando a denúncia que **a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco**, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal. 4. **Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese**, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa. 5. **Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu**, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 46.525 MT 2005/0127885-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 21/03/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/04/2006 p. 245). (grifo nosso).

Neste julgado, o STJ pautou a decisão com base na autocolocação da vítima em risco, na ausência de criação de um risco não permitido e, também, no princípio da confiança.

Em recente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal, foi aplicada a teoria da imputação objetiva com lastro no

comportamento da vítima, no princípio da confiança e, ainda, no risco não permitido que não se realizou no resultado, assim dispondo a ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CRIME DE CIRCULAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. TIPICIDADE OBJETIVA. DÚVIDA. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO PELA VÍTIMA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. INABILITAÇÃO DO RÉU. IRRELEVÂNCIA. RISCO NÃO PERMITIDO CRIADO NÃO REALIZADO NO RESULTADO DANOSO. 1. Pela teoria da imputação objetiva, afasta-se a tipicidade objetiva da conduta em casos de **autocolocação em risco pela vítima**, tais como a hipótese em que o motorista, na condução de seu veículo, é surpreendido pela vítima que, de inopino, se lança com sua bicicleta à frente do automóvel, militando em favor do acusado, neste caso, ainda, o **princípio da confiança**. 2. Não se pode reconhecer a tipicidade da conduta pelo fato de o motorista não ser habilitado ou estar em velocidade acima da permitida se, no caso concreto, **esse risco não permitido por ele criado não tiver se realizado no resultado danoso, o qual teria se dado independentemente dessa circunstância**, pelo que, pela própria teoria da "conditio sine qua non", tais fatores não podem ser tidos como causa do crime. (TJMG - Apelação Criminal 1.0474.12.002076-0/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/02/2019, publicação da súmula em 15/02/2019). (grifo nosso).

Nesse sentido, percebe-se que, mesmo incipiente, a teoria da imputação objetiva tem chegado às sendas do Poder Judiciário, traçando caminhos alternativos às teorias cujas repercussões têm os holofotes voltados com mais intensidade.

É um começo de uma trajetória teórica que se pretende efetivamente aplicável à prática como forma de oportunizar a análise da tipicidade penal por vetores normativos. Tal feito poderá contribuir para a implementação de um direito penal sob a batuta dos postulados constitucionais que reverberam a dignidade da pessoa humana como necessário fundamento de todo o acontecer estatal de uma república que se anuncia como democrática de direito.

6 CONCLUSÃO

Após percorrer os diversos matizes de estudo que serviram de calço ao presente trabalho, a conclusão em termos cabais acerca das pesquisas atinentes ao tema ‘teoria da imputação objetiva’ é uma ousadia que, diante do caráter propedêutico dos estudos realizados, não seria possível de ser proposta. Afinal, o melindroso tema é, ainda, assunto de grande efervescência e polarização entre as mentes mais notáveis do direito penal hodierno.

Entretanto, importante trazer à baila considerações sobre a teoria da imputação objetiva, a possibilidade de ser reconhecida a atipicidade da conduta sob seu fundamento e, ainda, reflexões sobre sua pretensa aplicabilidade prática pela autoridade de polícia judiciária quando do exercício do seu mister diante de uma prisão em flagrante delito. Erige-se, como fundamento de aplicação da teoria em espeque, a máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, foi necessário apresentar os estudos atinentes ao fato típico e seus elementos estruturais, perpassando pela estratificação dogmática do crime aferido em sua conformação analítica e destacando os conceitos que partem da conduta e chegam ao resultado, com interregno na relação de causalidade e substrato na tipicidade.

No que tange à relação de causalidade, perscrutou-se sobre as teorias envoltas no nexu causal, estabelecendo relevo para a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada, a teoria da relevância jurídica e, ainda, a teoria da imputação objetiva, certamente sem se furtar sobre o questionamento acerca da natureza jurídica desta última teoria, tratando-se, a nosso sentir, de uma teoria da imputação e não do nexu causal.

Prosseguindo nas pesquisas, foram traçados os fundamentos básicos da teoria da imputação objetiva, trazendo os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social e da insignificância, todos correlacionados de forma a permitir uma aplicação do direito penal sob a ótica da norma constitucional.

Para fins de contextualização e congruência temática, foram apresentadas breves notas sobre o causalismo, o finalismo e o funcionalismo, com seus respectivos regressos históricos, demarcados por seus precursores de forma a introduzir as bases teóricas da imputação objetiva.

Seguindo nas pesquisas, as linhas-base da teoria da imputação objetiva propostas pelo jurista Claus Roxin foram apresentadas permitindo a análise do direito penal com foco na proteção do bem jurídico e, ainda, a inter-relação com a política criminal. Ademais, os vetores que carregam a vertente conduzida pelo penalista alemão da Escola de Munique também foram destacados, os quais normatizam a tipicidade com elementos de necessária aferição, nominados de 'diminuição do risco'; 'criação de um risco juridicamente relevante'; 'aumento do risco permitido' e; 'esfera de proteção da norma como critério de imputação'.

Foram estudadas as excludentes de antijuridicidade caracterizadas pelo estrito cumprimento de dever legal e pelo exercício regular de direito, trazendo reflexões sobre a tipicidade conglobante proposta por Eugênio Raul Zaffaroni que atrai para o fato típico a análise das condutas que são obrigadas ou fomentadas pelo Estado.

Na sequência são apresentadas reflexões sobre a atração das mesmas excludentes de antijuridicidade como aptas a excluir a tipicidade, porém não mais sob o manto da tipicidade conglobante, mas sob o espectro da teoria da imputação objetiva. Cogita-se, nesse sentido, que agir albergado sob o estrito cumprimento de dever legal ou sob o exercício regular de direito, condutas obrigadas ou fomentadas pelo Estado, seria agir dentro de um risco permitido e no âmbito de proteção da norma, o que tornaria a ação atípica com fundamento na teoria da imputação objetiva.

Fazendo um contraponto à teoria capitaneada por Claus Roxin, foram delineados os principais fundamentos da teoria da imputação objetiva conduzida por Günter Jakobs, não se furtando à crítica ao jurista alemão, que se vale da sociologia de Niklas Luhmann para traçar as bases de sua vertente da teoria da imputação objetiva com fundamento nos sistemas e no papel de cada um sob o ponto de vista social, situações que podem beirar ao radicalismo, ao que se relembra não ser sem razão que referido autor, a nosso sentir não condizente aos postulados da dignidade da pessoa humana, seja o escritor da criticada obra 'Direito penal do inimigo'.

A teoria da imputação objetiva não prescinde da teoria da equivalência dos antecedentes causais, buscando adequá-la aos dispositivos normativos que permitam aferir se houve afetação ao bem jurídico-penal, tratando-se de condição necessária para o reconhecimento da tipicidade penal.

As críticas à teoria da imputação objetiva formuladas por doutrinadores de renome apontam, em suma, que a teoria se verte a casuísmos; que a teoria da

equivalência e outros elementos da dogmática penal seriam suficientes para aplacar fatos pretendidos pela teoria da imputação objetiva; que há desprezo pelas categorias subjetivas do tipo; que há incerteza dos enunciados; e que a teoria não altera a solução final sobre a inexistência da tipicidade já resolvida pela doutrina precedente.

O avanço nos estudos sobre a teoria da imputação objetiva permitiu que se percebesse que a sua aplicabilidade, diante de todo o exposto, não se atém a casos específicos, abrangendo uma análise da tipicidade com elementos normativos que conferem mais segurança na avaliação da afetação ou não do bem jurídico, não preterindo a análise do tipo subjetivo, mas precedendo-a. Assim, vale-se da teoria da imputação objetiva para eleger critérios normativos como imprescindíveis para se imputar um crime a uma pessoa, aferido antes da trivial análise de dolo ou culpa da conduta. Nesse sentido, a teoria da imputação objetiva não deixa de reconhecer o mérito do finalismo, que alocou referidos elementos subjetivos na tipicidade, retirando-os da culpabilidade. A questão, porém, envolve o momento de aferição destes elementos subjetivos, que para a teoria da imputação objetiva deve ser após a análise dos vetores que são propostos.

Apresentado o substrato teórico inicial, realizou-se uma breve incursão nos meandros da polícia judiciária no Brasil e seu papel na aferição da tipicidade penal do fato, sobrelevando-se a importância da dignidade da pessoa humana que serve, inclusive, de pressuposto para o exercício da atividade da autoridade de polícia judiciária. A distinção conceitual entre polícia investigativa e polícia judiciária também foi necessária, demonstrando-se que em certas circunstâncias é conferido ao cargo funções típicas do Poder Judiciário, figurando a autoridade policial como *longa manus* do referido poder. Na mesma esteira, foram apresentados os fundamentos que reconhecem a carreira jurídica ao cargo de delegado de polícia.

Para contextualizar a atuação da autoridade de polícia judiciária quando se encontra diante de uma prisão em flagrante delito e, na situação, tenha que decidir sobre a liberdade de uma pessoa apontada como suspeita do cometimento de um suposto fato criminoso, foram elaboradas breves considerações sobre o instituto da prisão em flagrante delito, o auto de prisão em flagrante negativo, a audiência de custódia e a verificação de procedência das informações.

A doutrina e a jurisprudência ainda caminham a passos vagarosos quanto ao reconhecimento e aplicabilidade da teoria da imputação objetiva no ordenamento

jurídico brasileiro. Diante disso, são ainda mais raros, quiçá inexistentes, os estudos que atinem à utilização da teoria em comento pela autoridade de polícia judiciária, cingindo a discussão nas hipóteses de reconhecimento, por dita autoridade, do princípio da insignificância, da atipicidade formal e material de um crime ou mesmo de excludentes de ilicitude permissivas.

Aguardar os julgamentos das causas, proferidos após largo caminhar característico da persecução criminal, é manter a exposição do acusado nas sendas perversas do processo penal e sentenciá-lo à pecha silenciosa de criminoso, ainda que absolvido, especialmente em tempos de condenação midiática que precede até mesmo à conclusão de uma investigação criminal.

Por esta razão, o reconhecimento antecipado da atipicidade da conduta sob os auspícios da teoria da imputação objetiva, a ser implementada de forma criteriosa pela autoridade de polícia judiciária quando da atuação em casos envolvendo prisão em flagrante delito, é feito que encontra-se albergado pela exegese do ordenamento jurídico e que presta significativa homenagem à dignidade da pessoa humana, caríssimo fundamento constitucional de aplicação cogente sobre todo o arcabouço normativo brasileiro.

Importante relembrar que a autoridade de polícia judiciária é, por vezes, a primeira a ter a oportunidade fática de efetivar os direitos fundamentais da pessoa detida, o que a nosso sentir não exclui o reconhecimento da atipicidade do fato diante da ausência de pressupostos delineadores que marcam a teoria da imputação objetiva. Afinal, não há pena sem crime, como relembra o primeiro axioma de Luigi Ferrajoli, e condutas atípicas definitivamente não se revelam como criminosas, descabendo formalizar procedimento de inquérito policial e/ou recolher qualquer pessoa ao cárcere quando se reconheça a atipicidade da conduta em aplicação da teoria da imputação objetiva. Não se pode ceder ao cego cumprimento da lei em oposição à interpretação do sistema normativo lastreada pela Constituição Federal. Nesse contexto, a autoridade de polícia judiciária tem o poder-dever que avaliar, de forma ampla, a tipicidade formal e material de um fato levado à sua análise.

Reconhecendo à autoridade de polícia judiciária o seu poder-dever de aferir toda estrutura da tipicidade de um crime, o que inclui aplicar a teoria da imputação objetiva, cogita-se como viável valer-se da abertura ao método entimemático proposto pelo jurista Cláudio Brandão, em análise do silogismo retórico de

Aristóteles, permitindo que aludida autoridade reconheça a atipicidade de uma conduta quando da análise de uma prisão em flagrante.

Isso porque a abertura interpretativa possível ao método entimemático, construído pela retórica, permite que a premissa maior seja arregimentada através do argumento. Nesse contexto, torna-se viável utilizar os vetores da teoria da imputação objetiva para impedir a formalização de autos e ratificação de prisões em flagrante que desde o seu nascedouro padecem de atipicidade.

Entendendo que a autoridade de polícia judiciária figura como *longa manus* do Poder Judiciário no momento de uma decisão sobre um flagrante delito e ciente de que referida autoridade faz análise da tipicidade de um crime, conclui-se que é possível que se utilize da abertura interpretativa do método entimemático para reconhecer a atipicidade de um delito em aplicação direta da teoria da imputação objetiva. Tal feito só referenda a necessária preservação da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil esculpido na Constituição Federal.

Tendo em vista que o Ministério Público é o regente privativo da ação penal pública,¹⁴⁴ o único apto a deflagrar o processo penal neste tipo de procedimento,¹⁴⁵ o recebimento da peça informativa denominada verificação de procedência da informação (VPI) é suficiente para que o *parquet*, diante de sua discricionariedade, opte em não denunciar uma pessoa por considerar que há atipicidade do fato, que não constitui crime pelas lentes da teoria da imputação objetiva. Entendendo de forma diversa, poderá o órgão acusador requisitar diligências ou mesmo determinar à polícia a instauração de inquérito policial.

Erige-se o garantismo como máxima jurídico-penal cujos vetores são de aplicação obrigatória aos Estados que se intitulam democráticos de direito, como é o caso do Brasil.

¹⁴⁴ De acordo com a Constituição Federal, figura entre as funções institucionais do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.” (art. 129, I, CF/88). No mesmo sentido o art. 100 § 1º do Código Penal dispõe que “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.” Também o art. 24 do Código de Processo Penal dispõe que “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

¹⁴⁵ Ressalte-se a exceção da ação penal privada subsidiária da pública, conforme previsto na Constituição Federal como direito fundamental do art. 5º, LIX, o qual aduz que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.”, direito referendado no art. 100, § 3º do Código Penal e art. 29 do Código de Processo Penal.

O que se tem como inconcebível é emudecer-se diante da possibilidade de impedir que inocentes, sob o ponto de vista criminal, sejam recolhidos ao cárcere quando reconhecida a atipicidade do fato em decorrência da aplicação da teoria da imputação objetiva.

Não bradar pela aplicação de todo o arcabouço normativo e teórico de direito penal visando atender os fins da própria legislação criminal, com cerne na proteção do bem jurídico, é ceder espaço para discussões rasas que gravitam pela mera disputa de poder, conferindo ao Judiciário e ao Ministério Público um pseudo argumento de que a polícia judiciária deve cingir-se, em seu mister, à tipicidade formal, fato que há muito, com o avanço do garantismo penal, deixou de ser uma verdade.

Desta feita, diante da constatável incidência massiva de crimes de ação, em termos de proporcionalidade, a aplicação da teoria da imputação objetiva é mais um mecanismo de contenção do poder punitivo do Estado, sendo crucial que se oportunize a sua utilização pela polícia judiciária em seu diuturno mister de análise jurídica dos fatos em juízo de prelibação flagrancial iniciado nas delegacias de polícia.

Há plena ciência de que existe um largo caminho a ser percorrido visando aclarar os preceitos e o alcance da teoria da imputação objetiva, figurando o presente estudo como uma oportunidade de se refletir sobre a aplicabilidade efetiva da corrente doutrinária em comento, especialmente sob as perspectivas de Claus Roxin.

Desta feita, conclui-se que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, é princípio motriz que irradia seus preceitos por todo o ordenamento jurídico, servindo de essência substancial para a aplicação a teoria da imputação objetiva pela polícia judiciária.

Nesse sentido, são ofertados sedimentos que, sem pretensão exauriente, possam colaborar para o enriquecimento da doutrina que efetivamente vislumbre o direito penal como *ultima ratio*, pautado na proteção de bens jurídicos imprescindíveis para a vida em sociedade, caracterizado como um obstáculo ao poder de punir do Estado e aplicado com o substrato da dignidade da pessoa humana sob a diretriz do garantismo penal.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Bogotá: Editora Temis, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**: Coleção Ciência Criminal Contemporânea – v. 1. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, nº 148, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 592, 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996**. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras

providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9266.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.** Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 46.525/MT.** Processual penal. Habeas Corpus. Homicídio culposo. Morte por afogamento na piscina. Comissão de formatura. Inépcia da denúncia. Acusação genérica. Ausência

de previsibilidade, denexo de causalidade e da criação de um risco não permitido. Princípio da confiança. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Ordem concedida. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 21 mar. 2006. Brasília. STJ, [2006]. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2317948&num_registro=200501278851&data=20060410&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Revisão do Tema 157**. Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Relator: Min. Sebastião Reis, 06 mar. 2018. Brasília. STJ, [2006]. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 589**. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27589%27>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 599**. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27599%27>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5520/SC**. Constitucional e administrativo. Emenda Constitucional 61/2012 do Estado de Santa Catarina. Atribuição de status de função essencial à justiça e independência funcional ao cargo de delegado de polícia. Ausência de participação, no processo legislativo, do Governador do Estado. Inconstitucionalidade formal (CF, art. 61, §1º, II, C). [...]em antinomia à previsão constitucional d subordinação da Polícia Civil ao Governador de Estado. Inconstitucionalidade formal.

Inconstitucionalidade material. (CF, ART. 144, §6º). Procedência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 06 set. 2019. Brasília. STF, [2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341197199&ext=.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5536/AM**. Constitucional e administrativo. Emenda Constitucional 82/2013 do Estado

do Amazonas. Vício de iniciativa em matéria orgânica à estruturação da Polícia Civil. Inconstitucionalidade formal (CF, art. 61, §1º, II, C). [...] Atribuição de status de função essencial à justiça e independência funcional em antinomia à previsão constitucional de subordinação da Polícia Civil ao Governador de Estado. Inconstitucionalidade material (CF, ART. 144, §6º). Procedência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 set. 2019. Brasília. STF, [2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341261645&ext=.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 84.412-0/SP**. Princípio da insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – Consequente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – “*Res Furtiva*” no valor de R\$ 25,00 (equivalente a 9.61% do salário mínimo atualmente em vigor) [...] – Pedido deferido. Relator: Min. Celso de Mello, 19 out. 2004. Brasília. STF, [2004]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 106.152/MS**. Habeas Corpus. Processo penal. Substitutivo de recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Crimes fiscais. Quadrilha. Corrupção. Interceptação telefônica. Denúncia anônima. Encontro fortuito de provas. Inconstitucionalidade superveniente de tributos tidos como sonegados. Relator: Min. Rosa Weber, 29 mar. 2016. Brasília. STF, [2016]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11017024>. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 108.748/ES**. Habeas Corpus. Denúncia oferecida e recebida antes de encerradas investigações de inquérito judicial instaurado para apurar os mesmos fatos objeto da denúncia. Posterior arquivamento do inquérito por atipicidade da conduta. Ausência de justa causa superveniente. Trancamento de ação penal. Possibilidade. Ordem concedida. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 10 dez. 2013. Brasília. STF, [2014]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=226901454&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 109.598/DF**. *Habeas corpus* – [...] Instauração de inquérito policial contra magistrado federal – alegada ausência de justa causa – inoccorrência – procedimento investigatório que visa à apuração de conduta típica – possibilidade – persecução penal e delação anônima – viabilidade, desde que a instauração formal do inquérito tenha sido precedida de averiguação sumária, “com prudência e discricção” [...] Recurso de

agravo improvido. Relator: Min. Celso de Mello, 15 mar. 2016. Brasília. STF, [2016]. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10794895>.
Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 133.148/ES**. Habeas Corpus. Processual penal e penal. Writ substituto de recurso extraordinário: admissibilidade. *Delatio criminis*: diligências prévias. Possibilidade. Lícitude da interceptação telefônica determinada pelo juízo natural da causa. Factível a Razoável prorrogação da medida. O indeferimento de diligência pelo magistrado não configura cerceamento de defesa. Dilação probatória em habeas corpus: inadmissibilidade. Ordem denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 21 fev. 2017. Brasília. STF, [2017]. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14213518>.
Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20ONAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

COLEN, Guilherme Coelho. A Teoria Finalista da Ação e as bases do Código Penal. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, nº 41, 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18860>. Acesso em: 03 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>. Acesso em: 21 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento

investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Evolução das teorias da causalidade e da imputação Objetiva, no âmbito do direito Penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/326/pdf>. Acesso em: 16 ago. 2019.

COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. **Prática Policial Sistematizada**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v. I. São Paulo: Saraiva, 1991.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica. Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofia*. T.I. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1964.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Coordenação: Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERREIRA, Daniel Barcelos. **A distinção entre investigação criminal e funções de polícia judiciária**, 2013. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10408. Acesso em: 23/05/2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas justificantes e normas permissivas**, 2007. Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2007012614140867. Acesso em: 14 ago. 2019.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Artigo publicado no ano 2000 em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” de Roxin e apresentado no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na UFBA, nos dias 13-15 de abril de 2000. Disponível em <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7519/material4.pdf>> Acesso em: 05/08/2019

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**: volume único. 10. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal** – Parte general: Fundamentos y teoría de La imputación. Tradução Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos del Derecho Penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral, vol. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. v.I. Barcelona: Bosh, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal. Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. v. I. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução Juan Córdoba Roda. v. I. Barcelona: Ariel, 1962.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2019. Disponível em:

<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MINAS GERAIS. **Lei complementar nº 129, de 08 de novembro de 2013**. Contém a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais - PCMG -, o regime jurídico dos integrantes das carreiras policiais civis e aumenta o quantitativo de cargos nas carreiras da PCMG. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016. Disponível em:

<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. (7. Câmara Criminal). **Apelação Criminal 1.0474.12.002076-0/001**. Homicídio culposo na condução de veículo automotor. Crime de circulação. Absolvição. Necessidade. Tipicidade objetiva. Dúvida. Teoria da imputação objetiva. Autocolocação em risco pela vítima. Princípio da confiança. Inabilitação do réu. Irrelevância. Risco não permitido criado não realizado no resultado danoso. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 06 fev. 2019. Belo Horizonte. TJMG, [2019]. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=61&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%2522imputa%E7%E3o%20objetiva%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 17 jul. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2017. *E-book*.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. rev. Valencia: Tirant to Blanch, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; et al. **Direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: Teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**. 3. ed. rev. atual. Elaboração Roziane do Amparo Araújo Michielli e Fabiana Marques de Souza e Silva. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <http://portal.pucminas.br/biblioteca/documentos/Guia-ABNT-completo.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva e do resultado: uma aproximação crítica de seus fundamentos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos da imputação objetiva. **Revista Eletrônica da Universidade de La Rioja**. La Rioja, Anuario del derecho penal y ciencias penales, Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992, págs. 933-968. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46421>. Acesso em: 15/07/2019.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCHA, Ronan. **A Relação de Causalidade no Direito Penal**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea vol. 8. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general – Tomo I - Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Carcía Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Problemas Basicos del Derecho Penal**. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. Tradução e notas Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 38, 2002. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim/4-/?ano_filtro=2002. Acesso em: 07 jul. 2019.

SANCINETTI, Marcelo. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. *In*: MELIÁ, Manuel Cancio; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo. **Estudios sobre la Teoría de la imputación objetiva**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 37-74.

SANNINI NETO, Francisco. **A importância do inquérito policial para um Estado Democrático de Direito**, 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1072419/a-importancia-do-inquerito-policial-para-um-estado-democratico-de-direito-francisco-sannini-neto>. Acesso em: 13/08/2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALADARES, Antônio Carlos. **Projeto de Lei n. 554/2011**. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à

autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília. Senado Federal, 06 set. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 19 ago. 2019.

VALADARES, Antônio Carlos. **Projeto de Lei n. 6620/2016**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Brasília. Câmara dos Deputados, Senado Federal, 06 dez. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>. Acesso em: 19 ago. 2019.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Tradução Juan Busto Ramirez e Sergio Yañes Perés. 11ª ed. 2ª ed. castellana. Santiago: Jurídica del Chile, 1976.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes. **Derecho penal**: parte general. Tradução da 6ª ed. alemã de 1976 Conrado A. Finzi. Buenos Aires: De Palma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte Geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.