

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA
DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

JOSÉ RICARDO VENTURA CORRÊA

Rio de Janeiro
2008

JOSÉ RICARDO VENTURA CORRÊA

O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA
DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor-Doutor Nilo César Martins Pompilio da Hora

Rio de Janeiro
2008

JOSÉ RICARDO VENTURA CORRÊA

O PROCEDIMENTO INQUISITORIAL BRASILEIRO À LUZ DA
TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

DATA DE APROVAÇÃO: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Nome completo do 1º Examinador – Presidente da Banca Examinadora
Professor-Doutor Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora

Nome completo do 2º Examinador
Professor

Nome completo do 3º Examinador
Professor

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Eugenio Raul Zaffaroni, Geraldo Prado, Nilo Batista, Nilo César Martins Pompilio da Hora e Rogério Greco, gentis mentores de um Direito Penal em permanente discussão.

Aos amigos de todos os momentos em sala de aula, Alexandre Mauricio, Alexandre Pinudo, Jorge Dario de Souza, Eduardo Avolio Gomes e Marcos Antonio Rodrigues dos Santos, principalmente pelo incentivo e pela parceria que nortearam toda nossa convivência na Faculdade Nacional de Direito - UFRJ.

À minha esposa e à minha filha, pela
compreensão e paciência nas ausências que
este mister justificou.

O essencial é invisível para os olhos.

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

CORRÊA, J. R. V. *O Procedimento Inquisitorial Brasileiro à Luz da Tipicidade Conglobante*. 2008. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho é uma análise da teoria da tipicidade conglobante sob a ótica de aplicação na prática policial. Situa inicialmente o leitor no estudo introdutório do inquérito policial e da tipicidade penal. Abarca as inovações trazidas pelo pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni em sua teoria. Ressalta que a análise trazida pela teoria da tipicidade conglobante pode ter mais aplicação prática do que a doutrina atualmente vem observando. Dada a pouca doutrina a respeito, se socorre dos argumentos dos Professores Rogério Greco e Nilo Batista, em defesa de um Direito Penal mais prático e menos ofensor da sociedade. Busca aspectos estatísticos a demonstrar a utilidade da teoria no cotidiano policial. Propõe que a adoção da teoria tende a abreviar procedimentos e contribuir, por consequência, para o almejado desafogar da esfera judicial. Defendendo uma maior autonomia para a autoridade policial, coadunando para o entendimento dos defensores do direito penal mínimo.

Palavras-Chave: Inquérito policial; Tipicidade penal; Tipicidade conglobante.

RESUMEN

CORRÊA, J. R.V. *El Procedimiento Inquisitorial Brasileño a la luz de la doctrina de la Tipicidad Conglobante.* 2008. 103 f. Monografía (Graduación en la derecha) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Este trabajo es un análisis de la teoría de la típica conglobante desde el punto de vista de la aplicación en la práctica policial. El lector es situado inicialmente en el estudio introductorio de la investigación policial y el tipo penal. Abarca las innovaciones introducidas por el pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni en su teoría. Resalta que el análisis presentado por la teoría da típica conglobante puede tener más aplicación práctica que la doctrina está observando actualmente. Teniendo en cuenta el escaso respeto a la doctrina, el trabajo se ampara en los argumentos de los profesores Rogerio Greco y Nilo Batista, en defensa de un derecho penal más práctico y menos delincuente de la sociedad. Busca los aspectos estadísticos para demostrar la utilidad de la teoría en el diario de la policía. Sugiere que la adopción de la teoría tiende a acortar los procedimientos y contribuir, por lo tanto, para el desahogo de la esfera judicial. Defendiendo una mayor autonomía de la autoridad policial, contribuyendo con la línea de comprensión de los defensores del derecho penal mínimo.

Palabra-Llave: Investigación del policía; Tipicidad penal; Tipicidad conglobante.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>1 O inquérito policial</u>	<u>11</u>
<u>1.1 Definição</u>	<u>11</u>
<u>A única definição legal de inquérito policial é encontrada no Decreto 4824, de 22.11.1871, art. 11, § 3º (parte final), c/c art. 42, que o define como “verificação da existência da infração penal o descobrimento de todas as suas circunstâncias e da respectiva autoria”. Entretanto, podemos definir inquérito policial, segundo a melhor doutrina, como um procedimento investigatório prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de provas para que o titular da ação penal possa propô-la contra o autor da infração penal.....</u>	<u>11</u>
<u>Assim, cometido um delito, deve o Estado buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante), a fim de que este, avaliando-as, decida pelo oferecimento ou não da denúncia ou da queixa-crime. Essa investigação inicial composta de uma série de diligências é chamada Inquérito Policial.</u>	<u>11</u>
<u>O inquérito é a atividade desenvolvida pela policia judiciária com a finalidade de averiguar o delito e a sua autoria. Tem índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal.....</u>	<u>11</u>
<u>Trata-se assim, de procedimento persecutório de caráter administrativo, segundo Capez (2001, p. 64):.....</u>	<u>11</u>
<u>Instaurado pela autoridade policial que tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, inciso I), e o querelante, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informações nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para formação de seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.....</u>	<u>11</u>
<u>No dizer de Tourinho Filho (2001, p 64), o inquérito policial é assim explicado:.....</u>	<u>11</u>
<u>Não temos no Brasil a figura do instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a autoridade policial procede a uma investigação não contraditória, colhendo, a maneira do juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e a respectiva autoria.....</u>	<u>11</u>
<u>1.2 Finalidade.....</u>	<u>12</u>
<u>A principal finalidade do inquérito policial é a reunião de um conjunto de elementos</u>	

<u>de convicção que possibilitem ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante) o oferecimento da denúncia ou queixa-crime. Os elementos de convicção devem ser relativos à existência do crime e a sua autoria.</u>	<u>12</u>
<u>Cometido ou praticado um ato definido como infração penal surge para o Estado o jus puniendi, que só pode ser concretizado através do processamento da ação penal. Porém, para que se proponha a ação penal é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma ação delituosa e de sua autoria, e o mais comum e tradicional meio de coleta destes é o inquérito policial.</u>	<u>12</u>
<u>1.3 Características.....</u>	<u>14</u>
<u>O inquérito policial possui algumas características muito próprias e peculiares de sua natureza jurídica. No presente trabalho cabe a atenção em algumas destas vertentes como: inquisitorial, oficial, sigiloso e indisponível.....</u>	<u>14</u>
<u>Segundo Paulo Rangel (2007, p. 84)</u>	<u>14</u>
<u>A autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que esses fatos ocorreram.....</u>	<u>14</u>
<u>O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.....</u>	<u>14</u>
<u>A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto o inquérito é de forma livre. Não há regras previamente determinadas para se iniciar uma investigação. O art. 6º do Código de Processo Penal deixa claro que logo que tiver conhecimento da prática da infração penal a autoridade policial deverá adotar uma série de providencias que visam a colher maiores informações sobre o fato ocorrido. Busca e apreensão, oitiva do indiciado, oitiva do ofendido. Isolamento e conservação do local do crime. Enfim... ..</u>	<u>14</u>
<u>O art. 14 do CPP dá à autoridade policial a discricionariedade necessária para verificar se as diligencias requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado prejudicarão o curso das investigações, permitindo, assim, seu indeferimento.....</u>	<u>14</u>
<u>Como a repressão criminal é função essencial do Estado, este deve instituir órgãos que assegurem a persecução criminal. É pelo princípio da oficialidade que são os órgãos oficiais encarregados de deduzir a pretensão punitiva, investindo, assim, a</u>	

<u>autoridade policial para apurar as infrações penais, sua autoria e suas circunstâncias.</u>	<u>14</u>
<u>Ainda, segundo Paulo Rangel (2007, p. 86-87).....</u>	<u>14</u>
<u>O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Muitas vezes, a divulgação, via imprensa, das diligências que serão realizadas no curso de uma investigação, frustra seu objetivo primordial, que é a descoberta da autoria e comprovação da materialidade. [...].</u>	<u>14</u>
<u>A investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado. Ninguém, no Estado Democrático de Direito, quer ser acusado sem que haja, previamente, uma investigação séria sobre os fatos nos quais é apontado como suspeito. Trata-se de um mecanismo de proteção do indivíduo que para sua efetivação mister se faz uma mudança de mentalidade das autoridades policiais (e também dos membros do Ministério Público), ou seja, o papel da autoridade policial (e do promotor) não é lutar contra o indiciado como se fosse um malfeitor (por mais que o seja) que não tem conserto. Na democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é este suporte de que se serve o Estado.</u>	<u>14</u>
<u>Por fim, vale ressaltar a indisponibilidade do inquérito policial. Como visto anteriormente, o inquérito se destina ao titular da ação penal e não a autoridade policial. Assim, não poderá a referida autoridade arquivar o inquérito na delegacia ou paralisar indefinidamente as investigações.....</u>	<u>15</u>
<u>Destaca-se a existência das chamadas verificações de procedência das informações VPI's, com o objetivo de investigar preliminarmente se há um mínimo de lastro probatório que justifique a instauração de inquérito policial.</u>	<u>15</u>
<u>Desta feita, evitam-se constrangimentos desnecessários sem afetar a garantia do controle externo exercido pelo Ministério Público, visando impedir arquivamentos sumários que iriam de encontro aos interesses da sociedade.....</u>	<u>15</u>
<u>.....</u>	<u>15</u>
<u>.....</u>	<u>15</u>
<u>.....</u>	<u>15</u>
<u>.....</u>	<u>15</u>
<u>.....</u>	<u>15</u>
<u>2 O ESTUDO DA TIPICIDADE PENAL.....</u>	<u>16</u>
<u>2.1 Conduta.....</u>	<u>17</u>

2.2 Resultado.....	21
2.3 Nexu de causalidade.....	22
2.4 Tipicidade.....	25
3 ZAFFARONI E A TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	35
3.1 A antinormatividade.....	35
3.2 Tipicidade legal.....	38
3.3 Tipicidade penal: tipicidade legal + tipicidade conglobante.....	38
4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DE ZAFFARONI À PRÁTICA POLICIAL.....	49
4.1 Da Perspectiva voltada ao Princípio da Insignificância.....	49
5 CONSIDERAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS.....	61
conclusão.....	67
REFERÊNCIAS.....	70
Apêndice A.....	73
1 Entrevista com o professor Rogério Greco.....	73
Apêndice B.....	89
2 Entrevista com o professor Nilo Batista.....	89
Apêndice C.....	101
3 Entrevista com o professor Geraldo Prado.....	101

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho pretende abordar a repercussão da aplicação da teoria da tipicidade conglobante e a sua viabilidade de utilização ante o sistema inquisitivo brasileiro.

Trata-se de uma teoria idealizada pelo Prof. Dr. *honoris causa* Eugenio Raúl Zaffaroni - professor titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires; Dr. HC pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal; Ministro da Corte Suprema da Nação Argentina -, a qual vem sendo defendida por respeitadores autores de Direito Penal no Brasil, mais especificamente pelo Prof. Rogério Greco, em sua obra “Curso de Direito Penal, Parte Geral, v. 1”.

Em linhas gerais, a teoria busca trazer o estudo dos institutos do estrito cumprimento do dever legal e algumas hipóteses do exercício regular de direito – hoje analisados no estudo da antijuridicidade, dentro da chamada teoria do crime, sob a ótica de seu conceito analítico – para o âmbito da tipicidade, subclassificada como conglobante.

O aprofundamento do tema leva à possibilidade de efetiva repercussão da referida teoria no curso do trabalho realizado pela autoridade policial, oportunidade que se pretende verificar com o desenvolvimento do trabalho.

Em síntese, se visa auferir se a adoção da teoria da tipicidade conglobante trará maior autonomia funcional à autoridade policial, quando da apreciação de justa causa para o indiciamento de alguém que comprovadamente agiu nas duas hipóteses antes tidas como excludentes de ilicitude, ou mesmo para a própria instauração ou não do inquérito policial.

A doutrina e a jurisprudência atuais pacificam o entendimento que, no âmbito das chamadas causas de justificação ou excludentes de antijuridicidade, só o juiz pode decidir, absolvendo o acusado caso reconheça as atuais quatro hipóteses legalmente admitidas no art. 23, do Código Penal Brasileiro (CPB): legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Vislumram-se também os aspectos doutrinários para o reconhecimento da atipicidade material com fulcro no princípio da insignificância, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade social do comportamento; e a inexpressiva lesão jurídica provocada.

Assim, com a crescente aceitação doutrinária da teoria, a qual vem sendo inclusive cobrada em concursos públicos, se almeja verificar se esta pode ou não modificar significativamente o posicionamento jurídico adotado para os indiciamentos, em sede de inquéritos policiais, no âmbito da polícia judiciária, repercutindo conseqüentemente na efetiva atuação da autoridade policial, no curso de procedimentos a ela legalmente incumbidos, e, sobretudo, na atuação mais autônoma da Polícia.

1 O INQUÉRITO POLICIAL

1.1 Definição

A única definição legal de inquérito policial é encontrada no Decreto 4824, de 22.11.1871, art. 11, § 3º (parte final), c/c art. 42, que o define como “verificação da existência da infração penal o descobrimento de todas as suas circunstâncias e da respectiva autoria”. Entretanto, podemos definir inquérito policial, segundo a melhor doutrina, como um procedimento investigatório prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de provas para que o titular da ação penal possa propô-la contra o autor da infração penal.

Assim, cometido um delito, deve o Estado buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante¹), a fim de que este, avaliando-as, decida pelo oferecimento ou não da denúncia ou da queixa-crime. Essa investigação inicial composta de uma série de diligências é chamada Inquérito Policial.

O inquérito é a atividade desenvolvida pela policia judiciária com a finalidade de averiguar o delito e a sua autoria. Tem índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal.

Trata-se assim, de procedimento persecutório de caráter administrativo, segundo Capez (2001, p. 64);

Instaurado pela autoridade policial que tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, inciso I), e o querelante, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informações nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para formação de seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

No dizer de Tourinho Filho (2001, p 64), o inquérito policial é assim explicado:

Não temos no Brasil a figura do instrutor. A fase processual propriamente dita é precedida de uma fase preparatória, em que a autoridade policial procede a uma investigação não contraditória, colhendo, a maneira do juiz instrutor, as primeiras informações a respeito do fato infringente da norma e a respectiva autoria.

¹ Querelante é o legitimado ativo para a propositura de ação penal privada.

1.2 Finalidade

A principal finalidade do inquérito policial é a reunião de um conjunto de elementos de convicção que possibilitem ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante) o oferecimento da denúncia ou queixa-crime. Os elementos de convicção devem ser relativos à existência do crime e a sua autoria.

Cometido ou praticado um ato definido como infração penal surge para o Estado o *jus puniendi*², que só pode ser concretizado através do processamento da ação penal. Porém, para que se proponha a ação penal é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma ação delituosa e de sua autoria, e o mais comum e tradicional meio de coleta destes é o inquérito policial.

Nesta linha, a se acrescentar o entendimento da doutrina processual clássica, a exemplo de Tourinho Filho (1995, p. 1)

Antes de se dirigir ao Juiz, através de órgão próprio, que é o Ministério Público, deve o Estado desenvolver intensa atividade, logo após a prática da infração penal, colhendo informações sobre o **fato típico** e sobre quem tenha sido o seu autor. Tais informações, que constituem o *inquérito*, têm por finalidade fornecer ao titular da ação penal, seja o Ministério Público, nos crimes de ação pública, seja o particular, nos delitos de alçada privada, elementos idôneos que o autorizem a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, iniciando-se, deste modo, o processo (Grifo nosso).

Corroborando o exposto, Magalhães Noronha acrescenta (1995, p. 18-19)

Pode, contudo, a autoridade policial achar que não deve abrir inquérito, **seja por não ser o fato crime**, seja porque não há elementos suficientes indicados pelo requerente, ou por motivo justo, indeferindo, então o pedido. Haverá, agora, o requerente recurso para o chefe de polícia, diz o Código (art. 5º, §2º), ou seja, a autoridade policial superior (Grifo nosso).

Em abrangência ainda mais profunda, Greco Filho ensina que (1995, p. 81)

O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva.

Sua finalidade é a investigação a respeito da **existência do fato criminoso** e de sua autoria.

[...]

A finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que **há prova suficiente do crime** e da autoria, e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa

² *jus puniendi* é um direito de coação indireta, é o direito do Estado de punir, podendo a norma ser aplicada apenas jurisdicionalmente, e, portanto, através do processo.

causa. A justa causa para a ação penal é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria (Grifo nosso).

E segue o autor, reforçando seu raciocínio (1995, p. 86)

Para que um inquérito policial tenha justa causa é preciso, quando dirigido a investigar fato imputado desde logo a alguém: que o fato seja definido como infração penal. **Não tem razão de ser investigação policial para apurar fato não criminoso.** Assim, por exemplo, se alguém representa à autoridade policial para a abertura de inquérito, e este se instaura para apurar “crime” de emissão de cheque sem fundos e se verifica que, inequivocamente, foi ele entregue em garantia de dívida, o inquérito não tem justa causa, porque tal fato não tem tipificação penal conforme unânime entendimento da jurisprudência atual³ (Grifo nosso).

Em claras palavras, Pacelli (2007, p. 39) aduz:

É dizer: o órgão persecutório deve promover diligências para apurar se foi ou não, ou se está ou não, sendo praticada a alegada infração penal. O que não se deve é determinar a imediata instauração de inquérito policial sem que se tenha demonstrada nem a infração penal nem mesmo qualquer indicativo idôneo de sua existência.

[...]

O Código de Processo Penal permite à autoridade policial a recusa de instauração de inquérito quando o requerimento do ofendido ou seu representante não apresentar conjunto indiciário mínimo à abertura das investigações, ou quando o fato não ostentar **contornos de criminalidade**, isto é, faltar a ele quaisquer dos elementos constitutivos do crime (Grifo nosso).

Entendimento que, mais adiante, o próprio autor parece contradizer, em dissonante raciocínio (2007, p. 43):

Encerradas as investigações, não podendo a polícia judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo, constante do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§ 1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público [...]

Destarte que à autoridade policial cabe averiguar a existência de tipicidade da conduta. Não havendo tal hipótese impossibilitada está a instauração de inquérito policial e de autuação da prisão em flagrante.

A polícia judiciária tem o poder coercitivo, indelegável aos particulares, no sentido de controlar os direitos e as liberdades das pessoas, devendo atuar inspirada nos ideais do bem comum e para da garantia da dignidade da pessoa humana.

³ Nesta linha, v. STJ, AgRg no Resp nº 953222 / RS, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, julgamento em 21 ago 08.

Assim, reforça-se o entendimento de que para a instauração de inquérito policial deve a autoridade policial analisar se o ato praticado pelo agente é típico, ou seja, se se enquadra em uma figura descritiva que está prevista em lei.

1.3 Características

O inquérito policial possui algumas características muito próprias e peculiares de sua natureza jurídica. No presente trabalho cabe a atenção em algumas destas vertentes como: inquisitorial, oficial, sigiloso e indisponível.

Segundo Paulo Rangel (2007, p. 84)

A autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que esses fatos ocorreram.

O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.

A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto o inquérito é de forma livre. Não há regras previamente determinadas para se iniciar uma investigação. O art. 6º do Código de Processo Penal deixa claro que logo que tiver conhecimento da prática da infração penal a autoridade policial deverá adotar uma série de providências que visam a colher maiores informações sobre o fato ocorrido. Busca e apreensão, oitiva do indiciado, oitiva do ofendido. Isolamento e conservação do local do crime. Enfim...

O art. 14 do CPP dá à autoridade policial a discricionariedade necessária para verificar se as diligências requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado prejudicarão o curso das investigações, permitindo, assim, seu indeferimento.

Como a repressão criminal é função essencial do Estado, este deve instituir órgãos que assegurem a persecução criminal. É pelo princípio da oficialidade que são os órgãos oficiais encarregados de deduzir a pretensão punitiva, investindo, assim, a autoridade policial para apurar as infrações penais, sua autoria e suas circunstâncias.

Ainda, segundo Paulo Rangel (2007, p. 86-87)

O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Muitas vezes, a divulgação, via imprensa, das diligências que serão realizadas no curso de uma investigação, frustra seu objetivo primordial, que é a descoberta da autoria e comprovação da materialidade. [...].

A investigação criminal é feita, exatamente, para que se possam assegurar todos os direitos constitucionais do investigado. Ninguém, no Estado Democrático de Direito, quer ser acusado sem que haja, previamente, uma investigação séria sobre os fatos

nos quais é apontado como suspeito. Trata-se de um mecanismo de proteção do indivíduo que para sua efetivação mister se faz uma mudança de mentalidade das autoridades policiais (e também dos membros do Ministério Público), ou seja, o papel da autoridade policial (e do promotor) não é lutar contra o indiciado como se fosse um malfeitor (por mais que o seja) que não tem conserto. Na democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é este suporte de que se serve o Estado.

Por fim, vale ressaltar a indisponibilidade do inquérito policial. Como visto anteriormente, o inquérito se destina ao titular da ação penal e não a autoridade policial. Assim, não poderá a referida autoridade arquivar o inquérito na delegacia ou paralisar indefinidamente as investigações.

Destaca-se a existência das chamadas verificações de procedência das informações VPI's⁴, com o objetivo de investigar preliminarmente se há um mínimo de lastro probatório que justifique a instauração de inquérito policial.

Desta feita, evitam-se constrangimentos desnecessários sem afetar a garantia do controle externo exercido pelo Ministério Público, visando impedir arquivamentos sumários que iriam de encontro aos interesses da sociedade.

⁴ VPI's verificação de procedência das informações não tem as características do inquérito policial.

2 O ESTUDO DA TIPICIDADE PENAL

Nas palavras de Greco (2008, p. 135):

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária à análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

E ressalta que cada um dos elementos, na ordem apresentada, é um antecedente lógico e necessário à aplicação do elemento subsequente.

Dupret, em breve síntese histórica, complementa o raciocínio, referindo-se ao que denominou “concepções estratificadas do delito em partes” (2008, p. 157-158), *in verbis*

As etapas do pensamento científico penal são aquelas em que se examinou (sic.) os elementos que compõem o delito.

Quando se passou a estudar o crime, o ato contrário às leis penais era visto simplesmente como uma infração punível. Até o século XIX o Direito Penal não era estudado como se faz atualmente, o ilícito penal era resumido naquele fato punível, porque contrariava as leis penais.

Em meados do século XIX começou-se a perceber que esse tipo de conceito, de tratamento dado ao ilícito penal, não resolvia as questões que se apresentavam, era preciso decompor o delito.

Era preciso dizer quais eram os elementos dessa infração punível. Foi aí que o delito passou a ser uma figura jurídica estratificada, decomposta em partes. Então, primeiramente tínhamos uma concepção Unitária, o delito era uma coisa só; depois percebeu-se que era preciso decompor o delito em partes, e passamos então para as concepções estratificadas, ou seja, o delito composto de partes, o que temos até hoje, as concepções estratificadas do delito em partes.

O grande sábio Welzel, nesta mesma linha, ensina:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (WELZEL *apud* GRECO, 2008).

Assim, tecnicamente não há conduta típica se alguém atropela outrem, obedecendo rigorosamente as regras de circulação veicular impostas, se este, tentando o suicídio, comprovadamente se atirou contra o veículo. Não há que se falar na incidência do homicídio culposo previsto no art. 302 do Código de Trânsito brasileiro (CTB)⁵, posto que, em não havendo conduta, não há fato típico e, por consequência, não há crime.

⁵ Lei nº 9.503, de 23 set 07.

Ainda segundo Greco (2008, p. 136):

Neste caso, elimina-se o crime a partir do estudo de seu primeiro elemento – o fato típico. Somente quando o fato é típico, isto é, quando comprovado que o agente atuou dolosa ou culposamente, que em virtude de sua conduta adveio o resultado e, por fim, que o seu comportamento se adapta perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, é que poderemos passar ao estudo da antijuridicidade. Da mesma forma, somente iniciaremos a análise da culpabilidade se já tivermos esgotado o estudo do fato típico e da antijuridicidade.

Sob as óticas ensinadas, verifica-se no chamado fato típico a presença de quatro elementos essenciais, quais sejam a conduta, nela se enquadrando qualquer ação ou omissão voluntária ou culposa; o resultado, produzido por essa conduta (nos crimes em que este seja exigido); o nexo de causalidade, a ser exatamente esse fio condutor entre conduta e resultado; e por fim a tipicidade, que será melhor abordada mais adiante.

Destarte, só é típica uma conduta que – em sendo apurado o nexo causal - produziu um resultado reprimido legalmente pelas normas penais anteriormente previstas (princípio da anterioridade e da legalidade da lei penal). O que ainda está longe de significar que se trata de crime, já que, como visto, vencido o estudo da tipicidade, há que se adentrar, num segundo momento, na análise da antijuridicidade dessa conduta, e ainda, num terceiro grau de apuração, aferir se há culpabilidade na ação ou omissão produzidas.

A essa tripartição na análise do delito a doutrina chama de **conceito analítico de crime**, estudo originado por Carmignani, em 1833, mas com decisiva participação de Ernest von Beling, em 1906, ao introduzir no conceito o elemento **tipicidade**.

A se aduzir o pensamento defendido por Muñoz Conde, o qual

[...] acrescenta, ainda, mais uma característica ao conceito analítico do crime, qual seja, a *punibilidade*. Para o renomado professor espanhol, a infração penal é, portanto, definida analiticamente como uma *ação ou omissão típica, antijurídica, culpável e punível* (MUÑOZ CONDE *apud* GRECO, 2008, p. 144).

E dentro da noção já vista de fato típico, melhor que se aprofunde um pouco mais em cada um dos seus elementos, no intento de apresentar a origem do estudo específico do tópico que aqui se aborda.

2.1 Conduta

O estudo da conduta pelos manuais modernos de Direito Penal passa por uma evolução histórica iniciada por Hans Welzel, nos idos dos anos trinta, quando, nas palavras de

Bittencourt (2006, p. 260)

[...] procurou conduzir a *ação humana* ao conceito central da teoria do delito, considerado sob um ponto de vista ontológico. Começando pelo abandono do pensamento logicista e abstrato das concepções anteriores, corrigiu as falhas e contradições existentes e, aos poucos, foi superando algumas lacunas que foram surgindo na evolução da construção de sua nova teoria.

Destoando-se então do, na época absoluto, conceito causal de ação, Welzel elaborou o que definiu como **teoria finalista da ação**, até hoje estudada e defendida pela massiva maioria doutrinária brasileira. Opina Bittencourt (2006, p. 261) que “a teoria final da ação tem o mérito de eliminar a injustificável separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto”.

Em apertada síntese, o finalismo deslocou os institutos do dolo e da culpa – até então situados no conceito de culpabilidade – para a análise dentro do estudo da conduta, ou seja, para o que Bittencourt prefere chamar de “injusto” (2006, p. 261). Na culpabilidade se mantiveram apenas os elementos ligados ao juízo de reprovação do indivíduo, quais sejam a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Assim, desde Welzel, se passou a estudar a conduta contendo como requisitos o dolo – englobando-se o dolo direto (hoje subdividido em dolo direto de 1º e 2º graus) e o indireto (subdividido em alternativo e eventual), além do preterdolo - e a culpa, nesta englobada a culpa própria (negligência, imprudência ou imperícia) e a culpa imprópria, além das modalidades de culpa consciente e inconsciente.

A doutrina moderna, desse modo, define a conduta como toda ação ou omissão humana voluntária capaz de produzir efeitos no mundo exterior. À ciência do Direito cabe então a aplicação do juízo de valor às condutas, considerando-as passíveis ou não de sanção pela norma penal, o que intrinsecamente não as altera.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 387-388)

Quando o direito desvaloriza uma conduta, ao mesmo tempo a conhece, realiza a seu respeito um ato de conhecimento, e o legislador limita-se a considerá-la desvalorada (má). Desde uma *posição realista*, *este ato não agrega coisa alguma ao “ser” da conduta*. Se vemos um quadro de Renoir e dizemos que é belo ou que é feio, agregamos um valor (“belo”) ou desvalor (“feio”) de caráter estético, mas o quadro permanecerá inalterado, dependurado na parede do museu. Quando o legislador decide que “a conduta de matar é má”, evidenciando sua decisão com uma cominação penal, a conduta de matar fica inalterada, ele não pretende mudar o seu “ser”, nem tampouco criá-la, mas apenas desvalorá-la. [...] O direito não pretende ser qualquer coisa além de uma ordem reguladora da conduta.

Nesse diapasão, se pode metaforicamente afirmar que o direito positivo “respeita” as condutas humanas, não pretendendo impor à sociedade qualquer vedação. Atenta para o bem social pretendido desde os primórdios, para então estabelecer punições às condutas violadoras de bens jurídicos penalmente tutelados, ou seja, eleitos como protegidos pela legislação penal em vigor⁶.

Daí se coadunar o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli, quando afirmam que “não há delito sem conduta” (2004, p. 388), garantido pelo princípio *nullum crimen sine conducta*, não sendo passível de controle penal qualquer coisa diferente dela, como “o pensamento, a forma de ser, as características pessoais etc.” (2004, p. 389). E concluem o pensamento afirmando que

Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade humana, não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ôntico-ontológica. Se esta estrutura é desconhecida, corre-se o risco de salvar a forma mas evitar o conteúdo, porque no lugar de uma conduta humana se colocará outra coisa.

É este conceito que alimenta o entendimento de um segmento doutrinário que vê descabimento na intenção constitucional de responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, nas pessoas de seus dirigentes e administradores. Contudo, o normativo magno está positivado no art. 225, § 3º da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988 (CR/88), bem como encontra especificação no art. 3º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, instituidora dos chamados crimes ambientais. Para os autores referidos, em tons conclusivos

O legislador chegou ao absurdo extremo de atribuir à pessoa jurídica até mesmo uma *personalidade*, quando a doutrina francamente majoritária lhe nega a capacidade de delinquir, por faltar-lhe a vontade em sentido psicológico, só encontrável no ser humano e jamais numa mera criação do direito (2004, p. 390).

Mas, embora doutrina e jurisprudência atuais entendam cabível a aplicação de sanção às pessoas fictícias, não afirmam com isso que elas sejam sujeito ativo de crime. Ainda que diante do crime ambiental previsto no art. 3º da Lei 9.605/98, o sujeito ativo ainda é o homem. O entendimento majoritário sustenta que a lei criou, de fato, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, o que não se confunde com sujeito ativo de crime. Tanto que julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça – STJ – só admitem a sanção se possível for, no mesmo processo, identificar e punir também algum sócio

⁶ O que mais adiante veremos coadunar com o princípio da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima estatal. Nesta linha, Greco (2008, p. 49) ensina que “o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade”.

respectivo.

Superada a crítica, em sua obra, Greco (2008, p. 148) sintetiza a definição de conduta, instituto ao qual se refere como sinônimo de “ação”, afirmando

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano *comissivo* (positivo) ou *omissivo* (negativo), podendo ser ainda *dolosa* (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou *culposa* (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).

Daí se inferir exemplificando que se uma pessoa, com vontade de matar uma outra (dolo direto), aponta uma arma de fogo e efetua um disparo, atingindo-a, se evidencia que, com sua ação, cometeu uma mudança no mundo exterior. Preenchidos estão os requisitos do conceito de conduta. Note-se que neste momento ainda não se falou na ocorrência de um resultado, tampouco se este eventual resultado teve alguma relação causal com o disparo efetuado. Ou ainda se essa conduta é penalmente relevante, violadora de algum bem jurídico tutelado pela norma penal. Logo, não há que se falar, ainda, em fato típico. Muito menos em crime.

Ou, de outra sorte, se o agente que, ao atropelar outrem na direção de veículo automotor e, voluntariamente, se evadir do local do fato, deixando de socorrer a vítima, realizou de fato *duas* condutas: a primeira comissiva (atropelamento, com as conseqüências da lesão corporal praticada, ou mesmo do eventual homicídio); e a segunda omissiva (deixar de prestar socorro à vítima), prevista no art. 304 do CTB.

Assim como o crime de desobediência (art. 330 do CPB) é exemplo de delito que admite tanto a modalidade comissiva quanto a omissiva, a depender da ordem legal que tenha sido dada pelo funcionário público. Ou seja, se a ordem foi um “fazer”, a conduta omissiva de “não fazer” consuma o crime; mas se a ordem reputa um “não-fazer”, o agente, ao praticar a conduta comissiva, igualmente desobedece e assim configura o tipo penal.

Como visto, o conceito de conduta - e sua percepção fática - é apenas o início do estudo do fato típico, primeiro elemento do conceito analítico de crime. Há que se adentrar nos demais elementos, até que se permita afirmar, com precisão doutrinária, se essa conduta é típica ou não.

2.2 Resultado

Segundo a clara subdivisão especificada por Nucci (2008, p. 195)

Há dois critérios para analisar o *resultado*:

a) *naturalístico*: é a modificação sensível do mundo exterior. O evento está situado no mundo físico, de modo que somente pode-se falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos. Exemplo: a morte de uma pessoa é um *resultado* naturalisticamente comprovável;

b) *jurídico* ou *normativo*: é a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado. Exemplo: a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa.

E conclui, com precisão, que muito embora seja o critério jurídico aquele adotado pelo legislador – já que a própria Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984 fez expressa menção à manutenção do critério estabelecido pelo CPB de 1940 – a doutrina penal ainda adota o conceito *naturalístico* para definir resultado.

Desse modo, para a doutrina majoritária, resultado naturalístico é a mudança **concreta** no mundo real. Esse é o resultado penalmente relevante, para a maioria dos pensadores do Direito. É a lesão causada a um bem jurídico.

Greco (2008, p. 217), em divergência, defende que toda conduta tem resultado, se apegando, pois, à defesa do resultado *jurídico* como a pretendida pela norma. Segundo esse posicionamento, quem dispara projétil de arma de fogo em alguém e erra o alvo, ainda assim produz um resultado jurídico, já que haverá sanção penal à conduta, punida como tentativa. E, citando a linha adotada por Luiz Flávio Gomes, ressalta que seu entendimento foi modificado, para a última edição de sua obra, *in verbis*

Nas edições anteriores desta obra, afirmamos que a palavra *resultado*, constante do art. 13 do Código Penal, dizia respeito tão-somente ao resultado conhecido como naturalístico, ou seja, aquele que nos permite visualizar, através dos nossos sentidos, uma modificação no mundo exterior, característica dos chamados *crimes materiais*.

No entanto, 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.

Estamos, portanto, com Luiz Flávio Gomes, que não limita o resultado, previsto na redação do art. 13 do Código Penal, somente àqueles considerados como

naturalísticos. Essa limitação impediria o reconhecimento, em diversas infrações penais, da responsabilidade penal do agente garantidor [...]

Assim, concluindo, o resultado mencionado pelo art. 13 do Código Penal deverá ser entendido como o *jurídico*, e não o meramente naturalístico.

Ficando, porém, com a doutrina majoritária - eis que didaticamente permite subclassificar os crimes de acordo com a ocorrência ou não do resultado naturalístico -, incumbe discorrer breve síntese acerca dessa subclassificação, a saber:

1) crimes materiais – aqueles onde o tipo penal prevê conduta e resultado e exige, para a consumação, que o resultado (naturalístico) ocorra. Exemplo clássico é o crime de homicídio, previsto no art. 121 do CPB, onde só restará consumado o crime com a ocorrência do resultado morte da vítima;

2) crimes formais (consumação antecipada) – o tipo penal descreve a conduta, que tem resultado possível, mas o legislador se contenta com a prática da conduta para considerar consumada a infração penal. São também clássicos exemplos os crimes contra a honra da pessoa – calúnia, difamação e injúria (arts. 138 a 140 do CPB) – onde não se exige, para a consumação, que a honra subjetiva da vítima tenha efetivamente sofrido lesão;

3) crimes de mera conduta – o tipo penal descreve apenas a conduta, pois não há resultado naturalístico com a prática dela. Logo, assim como nos crimes formais, praticada a conduta, está consumado o delito. É o exemplo citado anteriormente por Nucci, relativo ao crime de invasão de domicílio, previsto no art. 150 do CPB.

Como visto, o segundo elemento para restar caracterizado o fato típico é o que a doutrina, em maioria, define como resultado naturalístico. É a diminuição do patrimônio. É a morte. É a lesão à integridade física. São os efetivos resultados que repercutem em mudança no mundo real. Umás vezes exigidos para a consumação do delito (crimes materiais)⁷, outras vezes possíveis mas não exigidos para a consumação (crimes formais), e outras nem mesmo presentes (crimes de mera conduta)⁸.

2.3 Nexo de causalidade

Diferentemente do conceito de resultado, nosso diploma repressivo optou por se preocupar em definir o significado de *causa*, fazendo-nos inferir o que vem a ser o chamado

⁷ Ou “crimes de resultado”, por Nucci (2008, p. 195).

⁸ Nucci (2008, p. 195) prefere definir os crimes formais e os de mera conduta como “crimes de atividade”.

“nexo ou relação de causalidade”. O *caput* do art. 13 do CPB assim dispõe sobre o tema:

Art. 13 – 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.

Ariel Dotti (2005, p. 316), em referência a Abbagnano, auxilia no complemento ao conceito de relação de causalidade, *in verbis*

Em seu significado mais geral, pode-se dizer que a *relação de causalidade* é “a conexão entre duas coisas, em virtude da qual a segunda é univocamente previsível a partir da primeira” (ABBAGNANO *apud* ARIEL DOTTI, 2005). No sentido jurídico, tal relação constitui o vínculo entre a conduta e o resultado (evento). Através dessa perspectiva é possível identificar se a ação ou omissão do agente foi causa do resultado.

Assim, não basta que haja uma conduta e um resultado naturalístico – ou mesmo o jurídico. Importa que haja, entre um e outro um fio condutor, capaz de uni-los e indissociá-los, para, só aí, interessar ao estudo do Direito Penal⁹.

A literal descrição do art. 13, *caput* do CPB reflete que, para tratar do nexo causal, nosso sistema penal adotou a teoria da *conditio sine qua non*, ou teoria da equivalência dos antecedentes causais, de von Buri, segundo a qual é considerado *causa* toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Mas isso não é o bastante. É preciso que se inclua na definição um sobre termo - que a doutrina penal pátria já vem propriamente adotando – que aponte que será causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido “da forma como ocorreu”. Se assim não fosse, deveríamos punir a mãe do agente que mata outrem, já que, ao parir o delinquente, teria *dado causa* à morte da vítima.

Isso não é admissível. É preciso, então que se acresça ao “processo hipotético de eliminação”, criado por Thyren, a indagação se a conduta teria ocorrido **como de fato ocorreu**.

Greco (2008, p. 221) dá ilustrativo auxílio à explanação

A título de raciocínio, suponhamos que determinado agente venha caminhando pela estrada e comece a ouvir gritos de socorro. Aproxima-se do local de onde vêm os

⁹ Por óbvio, aqui se referindo unicamente aos crimes materiais, já que só a eles se exige a ocorrência do resultado. Nesta linha, Nucci (2008, p. 195) afirma que “em verdade, a relação de causalidade somente tem real importância no cenário dos crimes materiais, isto é, aqueles que necessariamente relacionam a conduta a um resultado concreto, previsto no tipo”.

gritos e, para sua surpresa, encontra num precipício, abraçado a um finíssimo galho de árvore, prestes a se romper, o seu maior inimigo. Como não havia mais ninguém por perto, o agente, aproveitando aquela oportunidade, sacode levemente a árvore fazendo com que a vítima caia no despenhadeiro, vindo a falecer. Mesmo que o agente não tivesse sacudido a árvore, a vítima, da maneira como foi colocado o problema, não teria salvação. O galho já estava se rompendo quando o processo foi agilizado pelo agente. Daí, perguntamos: Mesmo que o agente não tivesse balançado a árvore, o resultado teria ocorrido? Sim, porque o galho se romperia de qualquer forma. **Mas o resultado teria ocorrido como ocorreu?** Não, porque o agente interferiu no acontecimento dos fatos, e, mesmo que o resultado, de qualquer forma, não pudesse ser modificado, parte dele foi alterada. (Grifo nosso).

No exemplo do autor, então, haveria de ser responsabilizado o agente, porque negativa a resposta à pergunta grifada. Houve uma antecipação de morte da vítima e isso leva à conclusão que, se não tivesse havido a interferência do agente, o resultado **não** teria ocorrido como de fato ocorreu.

Desse modo, só responde pela causa a pessoa que, com sua conduta, nas palavras de Greco (2008, p. 221), “interfere na cadeia causal”. E o estudo do tema se aprofunda em pretender identificar se as causas são absoluta ou relativamente independentes (preexistentes, concomitantes ou supervenientes).

Nesta linha, o §1º, do citado art. 13 do CPB, dá tratamento diferenciado à causa superveniente relativamente independente, ao afirmar que esta “exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado”. Exemplo clássico na doutrina é o da vítima que recebe um tiro e, socorrida, vem a morrer em decorrência de acidente de trânsito provocado pela ambulância que a conduzia ao hospital. Ou seja, provada a morte em decorrência do abaloamento, não será o autor do disparo responsabilizado pelo homicídio consumado, já que o acidente é causa que, embora relativamente independente (já que a vítima só estava no veículo porque sofreu o atentado), **por si só** produziu o resultado morte.

E apegados nas didáticas lições de Greco (2008, p. 229), podemos chegar a claras conclusões sobre o tema

As causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes, quando conjugadas com a conduta do agente, fazem com que este sempre responda pelo resultado. Para isso, é preciso que essas causas tenham entrado na sua esfera de conhecimento, pois, caso contrário, estaremos diante da chamada responsabilidade penal objetiva ou responsabilidade penal sem culpa.

Já as causas supervenientes relativamente independentes têm uma particularidade: o resultado somente poderá ser imputado ao agente se estiver na mesma linha de desdobramento natural da ação; caso contrário, quando a causa superveniente relativamente independente, *por si só*, vier a produzir o resultado, pelo fato de não se encontrar na mesma linha de desdobramento físico, o agente só responderá pelo seu dolo. Isso porque há um rompimento na cadeia causal, não podendo o agente

responder pelo resultado que não foi uma consequência natural da sua conduta inicial.

2.4 Tipicidade

Nas lições do mestre Reale Junior (2006, p. 135-136)

O legislador constrói os modelos, a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa.

Cabe ao legislador examinar os dados empíricos, que já possuem uma ordem e um sentido intrínseco, objetivando e racionalizando a tipicidade imanente, construindo-a abstratamente e ajuizando-a com base em um valor que se coloca como um fim a ser alcançado.

Uma estrutura consiste em “um sistema integrado, de modo que a mudança produzida em um elemento provoca uma mudança nos outros elementos”. (BASTIDE, R. *apud* REALE JR., 2006). A estrutura normativa não brota de elucubração do legislador, mas nasce de uma tensão própria da tarefa de, a partir do real, do concreto, formular um paradigma, um modelo de ações previsíveis. No dizer de MACKINNEY, “o tipo constituído é uma simplificação do concreto” (MACKINNEY, *apud* REALE JR., 2006).

Destarte, tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real, submetido a uma valoração. A estrutura é própria do objeto e a revelação da sua estrutura indica a inteligibilidade do objeto, a sua composição interna, “como um todo cujas partes são ligadas entre elas e cujos termos são definidos por suas relações, de tal forma que a modificação de um dos elementos ocasiona a dos outros” (MILLET, L. e D’AINVELLE, M. V. *apud* REALE JR., 2006).

Segundo ENGISCH, a ação típica decorre de uma passagem do concreto ao abstrato por meio do abstrato, ou seja, o legislador da realidade constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no concreto dos dados elementares invariáveis que ele descreve. A construção normativa é, contudo, sempre orientada na direção do significado da ação, cuja positividade afirma-se ou nega-se.

[...]

Como se vê, elaboração do tipo não é aleatória, a ordem e o significado são ínsitos à ação, cabendo, por reflexão e abstração, traçar de modo paradigmático o perfil e o sentido do comportamento. O modelo construído refere-se, portanto, a comportamentos futuros e previsíveis, aos quais se atribuem determinadas consequências jurídicas.

Tais condutas são dotadas, repita-se, de tipicidade e de sentido. O legislador capta a estrutura típica da conduta concreta, apreende seu sentido e o submete a um enfoque valorativo, considerando-o positivo ou negativo, conforme exigências de convivência humana.

Apegados ainda aos ensinamentos do doutrinador, podemos referir-nos aos liames do surgimento do estudo da tipicidade (2006, p. 137).

Deve-se a BELING a elaboração do conceito de tipo, *Tatbestand*, que anteriormente correspondia à noção de *corpus delicti*. Tinha, portanto, um significado processual. Alguns autores alemães posteriormente consideraram como *Tatbestand* o conjunto dos elementos objetivos e subjetivos necessários à imposição da sanção penal.

Para BELING, o tipo é a descrição objetiva do crime, realizada pela norma penal.

Diante da evolução sofrida pela teoria da tipicidade, BELING, em 1930, na 11ª edição de seu *Esquema do direito penal*, com referência às questões surgidas nos anos que se seguiram à 1ª edição, apresenta como solução a distinção entre “delito-tipo” e “tipo-de-delito” [...].

O delito-tipo constitui um esquema unitário, abstrato, não codificado, uma figura representativa do aspecto externo e interno de cada espécie de delito (*Esquema*, p.42 *et seq. apud* REALE JR., 2006).

O delito-tipo se extrai dos fatos reais, mas com estes não se confunde, sendo apenas um conceito de cada espécie de delito. A figura reitora tem apenas um caráter funcional, como imagem que revela abstratamente os elementos objetivos e subjetivos característicos de uma forma de crime. No assassinato, a figura reitora é matar um homem com a intenção de fazê-lo (*Esquema*, p. 43 *apud* REALE JR., 2006). O assassinato como tipo de delito é a ação realizada, que produz a morte adequada ao delito-tipo, antijurídico e culpável.

Uma figura reitora pode ser a imagem abstrata de vários tipos, por exemplo, o delito-tipo “matar um homem” é imagem tanto do homicídio doloso como do infanticídio e do homicídio culposo. Tipos de delitos extratípicos são os que possuem caracteres comuns objetivos, diferenciando-se quanto ao dolo ou à culpa, necessários para a conformidade à figura reitora. Outras diferenças podem existir, mas são puras adições, como, por exemplo, a premeditação (*Esquema*, p. 52 *apud* REALE JR., 2006).

Situado este caráter introdutório, há que se abordar a tipicidade em seus elementos, na linha de pensamento adotada pela expressiva maioria da doutrina penal brasileira.

A absorção do estudo trazido por Reale Jr. denota o entendimento do que a doutrina chama de “tipicidade formal” ou, em outras palavras, a perfeita adequação entre a conduta praticada pelo agente e a conduta abstratamente descrita na lei penal.

O doutrinador alemão Karl Binding, ao discorrer sobre o tema, dispõe com precisão que não se viola a lei ao “matar alguém”. Ao contrário, se age conforme a prescrição da lei (CPB): “Art.121. Matar alguém”. Para o autor, viola-se, isto sim, a norma embutida na lei, que é o “não-matar”.

Nesta linha, do exemplo de uma placa proibitiva que ilustra um cigarro aceso cortado por uma faixa vermelha, se depreendem várias normas nela embutidas, a citar algumas delas: proibido fumar; proibido cigarro aceso naquele recinto; cigarro só é permitido longe da placa; proibido fumar cachimbo ou qualquer outro similar.

Assim também o é com todo o ordenamento jurídico-penal vigente. Todo tipo penal tem nele inseridas várias normas, as quais entendeu-se por bem o legislador impor, em prol de tutelar bens jurídicos que considerou importantes.

Destarte, ao positivizar o conteúdo normativo, incita ao intérprete analisar se as condutas do cotidiano se inserem naquele conteúdo, exigindo-se, para tanto a adequação à perfeição. Ou seja, apenas as condutas completamente enquadradas no expressivo *formal* da lei em vigor¹⁰ podem ser alcançadas pelas sanções impostas às violações.

Apontando seu entendimento, Bittencourt (2006, p. 324) acrescenta importante referência à natureza da tipicidade e seu significado didático, com o providencial auxílio de Damásio de Jesus

A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. “Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora” (DAMÁSIO *apud* BITTENCOURT, 2006). Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei*.

Mas o “preenchimento” dessa moldura nem sempre se dá de modo direto, efetivo. Em certas situações, o enquadramento num tipo penal dentre os elencados na parte especial do Código Penal Brasileiro (CPB), ou mesmo em leis penais especiais incriminadoras, carece da escora de uma norma de adequação, ou mais comumente chamada, norma de extensão incriminadora, como é por exemplo o que ocorre com as hipóteses tentadas.

Não há norma penal que expresse a conduta “tentar matar alguém”. Há, nestes casos, uma combinação entre a norma penal inscrita no art. 121 do CPB e a norma de extensão prevista no art. 14, II, do mesmo diploma legal. A este enquadramento a doutrina chama **adequação mediata** ou **indireta**.

Assim, se a conduta se amolda à perfeição ao descritivo positivado, temos a adequação direta ou imediata. Se, de outra banda, esse emoldurar carece do apoio de outra norma – a qual não descreve crimes – diz-se que a conduta está igualmente tipificada sob o aspecto

¹⁰ A se ressaltar o uníssono entendimento de que leis em *vacatio legis*, embora em vigor, não podem ser penalmente exigidas, porque desprovidas de eficácia jurídica. Assim ocorreu, por exemplo, com as recentes mudanças introduzidas pela legislação processual penal, cujas Leis nº 11.689, 11.690, ambas de 9 jun 08 e 11.719, de 20 jun 08 restaram em *vacatio* pelo período de 60 dias.

formal, porém, como já visto, pelo que se denominou de adequação indireta ou mediata.

Bittencourt (2006, p. 324) desfez ensinamento elucidativo, quanto ao tema

A adequação típica pode operar-se de forma imediata ou de forma mediata. A *adequação típica imediata* ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, sem a necessidade da concorrência de qualquer outra norma, como, por exemplo, matar alguém: essa conduta praticada por alguém amolda-se imediatamente ao tipo descrito no art. 121 do CP, sem precisar do auxílio de nenhuma outra norma jurídica. No entanto, a *adequação típica mediata*, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. Nesses casos, o fato praticado pelo agente não vem a se adequar direta e imediatamente ao modelo descrito na lei, o que somente acontecerá com o auxílio de outra norma ampliativa, como ocorre, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito. Na hipótese da *tentativa*, há uma ampliação temporal da figura típica, e no caso da *participação* a ampliação é espacial e pessoal da conduta tipificada.

O segundo elemento que a doutrina majoritária considera para a constatação da tipicidade da conduta é o que define como “tipicidade material”. Conforme os ensinamentos de Greco (2008, p. 159), “sabemos que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade”. O que nos leva a considerar que este ramo jurídico não foi criado para tutelar toda e qualquer ínfima agressão a esses bens, já que estaria desviando de seu principal norte.

Assim, o Direito Penal só intervém se houver lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, como *ultima ratio*. Se a lesão for insignificante, o Direito Penal não deve considerá-la. Esse entendimento vem por anos se consolidando na doutrina e jurisprudência brasileiras, apegados no que definem como **princípio da intervenção mínima** ou **da fragmentalidade do Direito Penal**, ou seja, ao Estado incumbe perquirir seu direito de punir, quando a ofensividade for suficiente para considerar efetivamente agredido o bem jurídico por ele tutelado. Em sentido metafórico: se a lesão apenas arranhou insignificamente o bem jurídico, mas não o feriu, não deve o Estado com tal lesividade se preocupar. Nesta linha, aduz Greco (2008, p. 159)

O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual, etc.

Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete delimitar o âmbito de sua abrangência.

O que significa que, exemplificando, um leve arranhão sem maiores conseqüências não ofende a integridade física a ponto de provocar a “preocupação” do Direito Penal, ainda que haja dolo ou culpa do agente. Assim como a subtração de bem de pequena monta, da mesma forma, vem sendo considerada pela elevada jurisprudência como insuficiente para a ofensividade ao patrimônio, *in verbis*

HC 92411 / RS

Relator: Min. Carlos Britto

Julgamento: 12/02/2008

Habeas Corpus. Crime de Furto Simples (caput do art. 155 do CP). Objeto do Delito: Cinco Peças de Roupas Usadas. Alegada Incidência do Princípio da Insignificância Penal. Atipicidade Material da Conduta, Por se Tratar de um Indiferente Penal. Procedência da Alegação. Ordem Concedida.

I - O furto de cinco peças de roupas usadas, nas circunstâncias do caso, não agride materialmente a norma que se extrai do art. 155 do Código Penal. Peças de roupas usadas que foram restituídas integralmente à vítima, sendo certo que o acusado não praticou nenhum ato de violência.

II - Para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. Não a subtração de algo que já estava logicamente destinado a descarte, pela exaustão do seu uso pessoal e valor pecuniário ínfimo. Pena de se provocar a desnecessária mobilização de um'a máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar.

III - A inexpressividade financeira dos objetos subtraídos pelo acusado (menos de cem reais) salta aos olhos. A revelar muito mais uma extrema carência material do ora paciente do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa. Paciente que, nos termos da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), não se apresenta com nenhuma condenação anterior e preenche, em linha de princípio, os requisitos do art. 77 do Código Penal (I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício).

IV - Desfalque praticamente nulo no patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente.

V - Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da ação penal, na linha do parecer ministerial público.

HC 92531 / RS

Relatora: Min. Ellen Gracie

Julgamento: 10/06/2008

Direito Penal e Processual Penal. Atipicidade. Tipicidade Formal e Material. **Antinormatividade**. Princípio da Insignificância. Parâmetros e Critérios. Mínima Ofensividade da Conduta do Agente. Ausência de Periculosidade Social da Ação. Reduzido Grau de Reprovabilidade do Comportamento. Inexpressividade da Lesão Jurídica Provocada.

I - Atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, o que deverá conduzir à absolvição por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal.

II - Princípio da insignificância está intimamente relacionado ao bem jurídico penalmente tutelado no contexto da concepção material do delito. Se não houver

proporção entre o fato delituoso e a mínima lesão ao bem jurídico, a conduta deve ser considerada atípica, por se tratar de dano mínimo, pequeníssimo.

III - O critério, em relação aos crimes contra o patrimônio, não pode ser apenas o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância.

IV - Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

V - Lesão insignificante, já que a suposta vítima sequer se recordava do valor pecuniário exato. De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, foi realmente mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada.

VI - Habeas corpus concedido.

A se acrescentar que na modalidade de furto referida nos julgados não se inclui o chamado “furto famélico”, já que a doutrina majoritária ainda se apegava à defesa de que a subtração de alimento para matar a fome é nítida hipótese de estado de necessidade. Coadunamos, contudo, do entendimento isolado de Gomes (2006), quando dispõe que a hipótese deve ser finda à luz do estudo da tipicidade material, sendo reconhecida a insignificância da conduta – embora afirme que o caso concreto vai apontar a linha doutrinária a adotar, *in verbis*

A decisão objeto de estudo foi proferida pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, nela, ficou reconhecido o estado de necessidade do acusado que, conforme comprovado nos autos, tentou furtar duas peças de carne para matar a fome de seus filhos.

Em consonância com o parecer da procuradoria, não se mostrou adequada a aplicação imediata do princípio da insignificância e o reconhecimento da ausência de tipicidade material, já que, apenas com o regular andamento do processo era possível comprovar ou afastar o estado de necessidade do réu.

Segundo nosso ver, não se pode estabelecer um divisor estanque em relação ao tema, ficando a sua solução adstrita à análise do caso concreto. De tal modo, não nos parece correto que, partindo de um estudo estritamente abstrato, se pretenda determinar se é caso de aplicação do princípio da insignificância ou de excludente de ilicitude.

O melhor caminho é, sem equívoco, verificar individualmente caso a caso: quando se tratar de *res* de valor insignificante, não há dúvida que a solução mais adequada é resolver o problema já no cerne da tipicidade, aplicando o princípio da insignificância, de modo a revelar a atipicidade material da conduta. De outro lado, apenas quando não possível reconhecê-la, é que será analisado se estão presentes os requisitos para a caracterização do estado de necessidade, ou seja, para o afastamento da ilicitude.

A adoção do princípio da insignificância vem sendo percebida até mesmo em casos de posse para uso de substância entorpecente por militares, onde o STF vem entendendo não

ofender o art. 290 do Código Penal Militar – CPM¹¹, como se vê nos julgados

HC 94583 / MS

Relatora: Min. Ellen Gracie

Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso

Julgamento: 24/06/2008

Ação Penal. Crime Militar. Posse e Uso de Substância Entorpecente. Art. 290, cc. art. 59, ambos do CPM. Maconha. Posse de Pequena Quantidade (8,24 gramas). Princípio da Insignificância. Aplicação aos Delitos Militares. Absolvição Decretada. HC Concedido para Esse Fim, Vencida a Min. ELLEN GRACIE, rel. originária. Precedentes (HC nº 92.961, 87.478, 90.125 e 94.678, Rel. Min. EROS GRAU).

Não constitui crime militar a posse de ínfima quantidade de substância entorpecente por militar, a quem aproveita o princípio da insignificância.

HC 90125 / RS

Relatora: Min. ELLEN GRACIE

Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU

Julgamento: 24/06/200

Habeas Corpus. Penal Militar. Uso de Substância Entorpecente. Princípio da Insignificância. Aplicação no Âmbito da Justiça Militar. Art. 1º, III da Constituição do Brasil. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

I - Paciente, militar, condenado pela prática do delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar (portava, no interior da unidade militar, pequena quantidade de maconha).

II - Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.

III - A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.

IV - A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em alterar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas.

V - Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício.

VI - O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III).

VII - Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar --- Lei n. 11.343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta.

VIII - No caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância, seja porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva, seja por imposição da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.

Como visto nos julgados referidos, cabe acrescentar que o STF – depois de há muito rejeitar a adoção do princípio e *a posteriori* passar a admiti-lo - tem lançado mão da verificação da presença de quatro requisitos, para constatar a incidência do princípio da

¹¹ Dec-Lei nº 1001, de Observe-se que, quanto aos crimes militares previstos no art. 290 do CPM, o STF tem entendimento ainda não consolidado quanto à aplicação do princípio da insignificância, como se depreende da leitura do Informativo nº 515/STF, onde constam decisões divergentes sobre a matéria, em cada colegiado (HC 94809/RS, rel. Min. Celso de Mello, 12.8.2008 e HC 94649/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 12.8.2008). A matéria foi submetido a plenário, para unificação de jurisprudência.

insignificância, quais sejam: a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade social do comportamento; e a inexpressiva lesão jurídica provocada. Nesta linha, o STJ, em julgados recentes, vem se inclinando pela adoção dos mesmos requisitos no tocante a decisões do gênero.

Greco, em entrevista ofertada com exclusividade a este trabalho, tecendo considerações sobre a origem do instituto, citou a **teoria da adequação social**, de Welzel (v. Apêndice A)

[...] Quando surgiu a teoria da adequação social. No começo, Welzel entendia que (a teoria da adequação social) afastava o tipo. Depois, ele entendeu que afastava a ilicitude. Depois, ele voltou para o tipo novamente. Então, quer dizer, nem os próprios criadores, às vezes, se entendem no raciocínio.

Com este comentário, o respeitado doutrinador fazia menção que o princípio da intervenção mínima, de Claus Roxin, teve sua origem na teoria da adequação social, criada por Welzel, para o qual tal instituto visava justamente adequar as condutas tidas como irrelevantes à realidade social. Ou seja, não era socialmente aceitável que se resolvesse punir toda e qualquer conduta com os rigores da lei penal, passando-se a admitir que o Direito Penal só se preocupa com aquilo que *materialmente* ofende os bens que tutela. Greco (2008, p. 160) nos ajuda a concluir

Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal.

O ilustre doutrinador Nilo Batista, autor de importante obra em conjunto com Zaffaroni, também em gentil e exclusivo depoimento oferecido a este trabalho, igualmente se reporta a Welzel e sua teoria da adequação social e acrescenta interessante exemplo (v. Apêndice B)

Welzel, quando está trabalhando a adequação social, ele começa a trabalhar como antijuridicidade e depois ele joga pro tipo. Então, tem um certo “tropismo” [...] nem me refiro à questão do dolo que vai pro tipo, ou seja, para o tipo complexo que Welzel vai desenvolver, mas que antes dele, pelo menos 6 anos antes dele, Hebert von Weber já tinha feito em 1929 a idéia de tipo complexo.

[...]

Welzel trabalha a adequação social, que era uma solução dele para entender por que, por exemplo, quando a mãe fura a orelha da filha para colocar um brinco, uma autoridade policial presente não tem o dever de prendê-la em flagrante, no batizado da menina [...]

Ainda com relação à teoria da adequação social, Fragoso (2003, p. 225) reforça o conceito, expondo sua crítica ao se reportar à diferença para as causas de exclusão da ilicitude

Não são ilícitas as ações que, não obstante corresponderem formalmente à realização da conduta típica, constituem fatos normais da vida de relação. Assim, por exemplo, não constituem lesões corporais as lesões insignificantes feitas pela manicure ou a circuncisão dos israelitas, nem é corrupção ativa a dádiva de pequeno valor, por ocasião das festas de fim de ano, aos funcionários públicos.

Fala-se a propósito, impropriamente, em *adequação social* ou em *ação socialmente adequada*, que não se confunde com as causas de exclusão da antijuridicidade (porque inexistente norma permissiva), sendo, antes, princípio regulador geral da conduta típica. Esta há de ser necessariamente *aspecto patológico* da vida de relação (Bettiol).

Assim, o entendimento atual considera que a adequação social evoluiu para a chamada intervenção mínima. O Estado tem muito com o que se preocupar, efetivamente. Da mesma sorte que o Direito Penal é ramo de tão monta agressivo, que não se pode pretender dele se utilizar para solução de toda e qualquer mínima mazela social. Greco, em brilhante obra defensora da mínima intervenção, traz reflexões ao que eficientemente intitulou “Direito Penal do Equilíbrio” (2008, p. 2)

A discussão, longe de ser tão-somente acadêmica, possui uma aplicação prática indiscutível. A adoção verdadeira de um Direito Penal Mínimo, pautado na teoria garantista apregoada por Luigi Ferrajoli, em um Estado Constitucional de Direito, fará com que o legislador observe atentamente os direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, bem como nos tratados e convenções internacionais que digam respeito aos direitos humanos, com plena aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Poderá ser reconhecido como um Direito Penal do Equilíbrio porque se colocará entre a tese do Direito Penal Máximo, refletido nos chamados movimentos de Lei e Ordem, bem como a tese abolicionista, capitaneada por Louk Hulsman.

Como visto, o posicionamento jurídico brasileiro vem largamente admitindo que a tipicidade legal se define no somatório dos institutos da tipicidade formal e da tipicidade material. Quanto ao tema, é possível inclusive afirmar que a quase unanimidade doutrinária assim raciocina.

A insignificância como princípio e modalidade do princípio maior da mínima intervenção, vem recebendo crescente aceitação como demonstrativo nítido de ausência de tipicidade, na vertente *material* do instituto. Nos capítulos subseqüentes, no entanto, veremos que a sutileza da definição do que é ou não insignificante, no caso concreto, vem sendo o velado motivo que procura inviabilizar que a autoridade policial – embora possa manifestar-se

sobre a atipicidade da conduta no inquérito – debruce-se sobre o tema e explicita opinião.

Antes, porém, é o momento de introduzir o pensamento de Zaffaroni e esmiuçá-lo em detalhes, para mostrar que o simples somatório entre tipicidade formal e material ainda não é suficiente para considerar típica uma conduta.

3 ZAFFARONI E A TIPICIDADE CONGLOBANTE

Inovando no mundo jurídico, Zaffaroni introduz uma teoria¹², a partir da qual a análise da tipicidade passa a ter um outro prisma. Para Zaffaroni, não basta que uma conduta se adeqüe inteiramente no teor contido na norma, para que seja considerada típica. Assim como não é suficiente que se acrescente apenas a análise da mínima lesividade ao bem jurídico tutelado, como foi visto até aqui. Ele defende que o estudo tem que ir mais além, sob pena de que o instituto seja visto de uma maneira deficiente e incompleta.

Em sua obra (2003, p. 379), o autor prefere abordar o tema bipartindo a tipicidade, passando a chamá-la de “tipicidade penal” (daí o motivo de adotarmos essa nomenclatura no capítulo anterior), a qual se subdivide em “tipicidade legal” acrescido do que definiu como “antinormatividade”. E justamente anuncia sua teoria a partir do estudo desse último instituto.

3.1 A antinormatividade

Nas palavras do autor da teoria (2003, p. 379):

El tipo se gesta por el interes del legislador en el ente que valora elevándolo a bien jurídico, enunciando una norma para tutelarlos, la que se manifiesta en un tipo legal que le agrega la tutela penal. Conforme a este proceso de gestación, resultará que la conducta que se adecue a un tipo penal será necesariamente contraria a la norma que está antepuesta al tipo legal y afectará el bien jurídico tutelado¹³.

E, referindo-se ao código penal argentino, prossegue:

La conducta adecuada al tipo penal del art. 79 CP, será contraria a la norma “no matarás” y afectará el bien jurídico vida humana; la conducta adecuada al tipo del art. 162 será contraria a la norma “no hurtarás” y afectará el bien jurídico patrimonio, etcétera¹⁴.

Zaffaroni então conclui que “*esto significa que la conducta, por el hecho de ser penalmente típica necesariamente debe ser también antinormativa*”. Daí se depreende que a conduta típica não é só aquela que se enquadra formalmente ao tipo penal. No mundo real, há

¹² Indagado sobre a origem da teoria, o ilustre doutrinador Rogério Greco, considerando-se seguidor de Zaffaroni, aponta desconhecer se o autor argentino cita, em suas obras, se o pensamento teórico aqui abordado é dele próprio ou se originário de outro(s) pensador(es). Nesta linha, v. Apêndice, p..

¹³ “O tipo se forma pelo interesse do legislador no ser que valora elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta num tipo legal que cuja tutela penal a ele se agrega. De acordo com esse processo de formação, resultará que a conduta que se adeqüe a um tipo penal será necessariamente contrária à norma que está antevista no tipo penal e ofenderá o bem jurídico tutelado” (Versão).

¹⁴ “A conduta adequada ao tipo penal do art. 79, do Código Penal (argentino), será contrária à norma “não matarás” e ofenderá o bem jurídico vida humana; a conduta adequada ao tipo do art. 162 será contrária à norma “não furtarás” e ofenderá o bem jurídico patrimônio etc.” (Versão).

condutas que estão inteiramente descritas no tipo, mas por outro lado não ofendem a norma jurídica que se subscreve por detrás do tipo. Nem sempre matar alguém será típico, sob o aspecto penal, como o é, a princípio, sob o aspecto legal (daí a diferenciação que faz entre a tipicidade penal e a legal).

Zaffaroni defende que, para ser considerada penalmente típica, a conduta precisa, além de ser formalmente típica – o perfeito enquadramento no tipo - revestir-se de antinormatividade, ou seja, contrariar o preceito tutelado pela norma – “não matarás” ou “não furtarás”, por exemplo.

Nos dizeres do referido pensador (2003, p. 379)

No obstante, no debe pensarse que cuando una conducta se adecua formalmente a una descripción típica, ya por esa circunstancia es penalmente típica. Que una conducta sea típica no significa que necesariamente es antinormativa, es decir, que esté prohibida por la norma (por el “no matarás”, “no hurtarás”, etc.). El tipo lo crea el legislador para tutelar el bien contra las conductas que prohíbe la norma, de modo que el juez no puede jamás considerar incluidas en el tipo aquellas conductas que, aunque formalmente se adecuen a la descripción típica, realmente no pueden considerarse contrarias a la norma ni afectantes del bien tutelado¹⁵.

Para ilustrar, se olharmos as condutas antigamente permitidas dos carrascos, poderíamos enquadrá-las, sob a ótica formal, como condutas típicas, já que perfeitamente adequadas ao normativo positivado no art. 121, do Código Penal Brasileiro (CPB): “matar alguém”. No entanto, ao considerarmos que o carrasco nada mais fazia do que cumprir ordens superiores, exercendo seu mister em perfeito acordo com o normativo positivado da época, nítido perceber que tais condutas não gozavam do condão da antinormatividade, ou seja, àquela época – frise-se – não feriam o ordenamento jurídico, por serem condutas determinadas por outra norma¹⁶.

Greco, em sua obra (2008, p. 157), esmiúça o exemplo do carrasco da seguinte forma:

No exemplo fornecido, o carrasco havia dirigido a sua conduta finalisticamente no sentido de causar a morte do condenado, agindo, portanto, com dolo. Houve um resultado – morte do executado. A conduta do carrasco produziu o resultado (nexo de causalidade). Agora, teremos de saber se o fato praticado é típico. O primeiro passo, na ordem que foi anunciada, é descobrir se a conduta do carrasco subsume-se a um modelo abstrato previsto pela lei penal, a fim de descobriremos se, no caso

¹⁵ “Não obstante, não se deve pensar que quando uma conduta se amolda formalmente a uma descrição típica, já será, por essa circunstância, penalmente típica. Uma conduta ser típica não significa que é necessariamente antinormativa, quer dizer, que está *proibida* pela norma (pelo “não matarás”, “não furtarás” etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas que a norma proíbe, de modo que o juiz não pode jamais considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma, nem ofensivas ao bem tutelado” (Versão).

¹⁶ Mais adiante veremos que a este conflito normativo Zaffaroni não atribuíra lógica de se permitir, gerando o pensamento que embasou a teoria aqui abordada.

concreto, há tipicidade formal. [...] teríamos de raciocinar da seguinte maneira: existe uma norma contida no art. 121 do Código Penal que diz ser proibido matar. Embora exista essa norma, a proibição nela contida se dirige a todos, até mesmo ao carrasco que tem um **dever legal** de matar nos casos de pena de morte? A resposta só pode ser negativa (Grifo nosso).

Desse modo, segundo Zaffaroni (2003, p. 378-379):

La antinormatividad no se comprueba con la sola adecuación de la conducta al tipo legal, sino que requiere una investigación del alcance de la norma que está antepuesta y que ha dado origen al tipo legal, y una investigación sobre la afectación del bien jurídico. Esta investigación es una etapa posterior del juicio de tipicidad que, una vez comprobada la tipicidad legal, obliga a indagar sobre la antinormatividad, y recién cuando se ha comprobado ésta podemos concluir en la tipicidad penal de la conducta¹⁷.

Interpretando as lições do autor, Greco concluiu que (2008, p. 158):

Com isso queremos afirmar que a proibição contida no art. 121 do Código Penal se dirige a todos, à exceção daqueles que têm o dever de matar. No confronto entre a proibição (norma contida no art. 121 do CP) e uma imposição (norma que determina que o carrasco execute a sentença de morte) devemos concluir que a proibição de matar, nos casos em que a lei prevê, não se dirige ao carrasco. Portanto, sua conduta não seria antinormativa, contrária à norma, mas sim de acordo, imposta pela norma.

Como se, para o carrasco, não subsistisse o preceito “não matarás”, quando no exercício regular de sua função. Ao contrário, para aquele profissional, o preceito subscrito na norma seria “matarás”, eis que prevaleceria o comando que autoriza e – mais ainda – determina a sua conduta.

Destarte, Zaffaroni ensina que o Direito Penal é, como todo ramo jurídico, uma “fatia” da ordem jurídica. E trabalha com o **princípio da unidade do ordenamento jurídico**, defendendo, assim, que a antinormatividade é muito mais ampla que a ilicitude, já que esta compara a conduta apenas com as normas de Direito Penal, enquanto aquela se preocupa em compará-la com todo o ordenamento jurídico, já que o Direito é um só. Disso se depreende que só será típica a conduta se for ela antinormativa, ou seja, contrária a **todo** o ordenamento jurídico.

Assim, a antinormatividade seria elemento integrante da tipicidade, sem a qual uma conduta não pode ser considerada penalmente típica, ainda que aparentemente – ou formalmente – se enquadre na norma positivada pelo legislador.

¹⁷ “A antinormatividade não se comprova com a simples adequação da conduta ao tipo penal, sendo que requer uma investigação do alcance da norma que está antevista e que tenha dado origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a ofensa ao bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior ao juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e só quando comprovada esta podemos concluir pela *tipicidade penal* da conduta” (Versão).

3.2 Tipicidade legal

Diante da subdivisão trazida pelo pensamento desenvolvido por Zaffaroni, a antinormatividade até aqui vista há de ser somada ao que chamou de “tipicidade legal”, em busca do derradeiro reconhecimento do fato típico. Assim define o autor, em sua obra (2003, p. 380)

Tipicidad legal y tipicidad penal no son la misma cosa: la tipicidad penal presupone la legal, pero no la agota; la tipicidad penal requiere, además de la tipicidad legal, la antinormatividad¹⁸.

Nesta linha, como segundo elemento da “tipicidade penal”, temos o tradicional conceito de tipicidade formal, abordado pela esmagadora maioria da doutrina de Direito Penal e esgotado no primeiro capítulo deste trabalho. Esclarecendo o tema, Greco (2008, p. 156) ilustra:

Figurativamente, poderíamos exemplificar a tipicidade formal valendo-nos daqueles brinquedos educativos que têm por finalidade ativar a coordenação motora das crianças. Para essas crianças, haveria “tipicidade” quando conseguissem colocar a figura do retângulo no lugar que lhe fora reservado no tabuleiro, da mesma forma sucedendo com a esfera, a estrela e o triângulo. Somente quando a figura móvel se adaptar ao local a ela destinado no tabuleiro é que se pode falar em tipicidade formal; caso contrário, não.

Como já visto, para Zaffaroni, este conceito de tipicidade, como sendo o mero enquadramento legal da conduta ao teor positivado pela norma, é insuficiente.

3.3 Tipicidade penal: tipicidade legal + tipicidade conglobante

Aprofundando-se em sua teoria, Zaffaroni aborda o tema a partir de um exemplo (2003, p. 380-381):

Supongamos que somos jueces y que se somete a nuestro conocimiento la conducta de un sujeto, que, en su carácter de oficial de Justicia, se le ordenó por juez competente el embargo y secuestro de un cuadro de propiedad de un deudor a quien se ejecuta en juicio regularmente tramitado, por su acreedor legítimo, para cobrarse su crédito impago, y que en cumplimiento de esa orden judicial y de las funciones que por ley le competen, solicita el auxilio de la fuerza pública y con todas las formalidades del caso secuestra la obra y la pone a disposición del Juzgado. El más elemental sentido común indica que esa conducta no puede tener ninguna relevancia penal, que en modo alguno puede ser delito, pero ¿por qué?¹⁹

¹⁸ “Tipicidade legal e tipicidade penal não são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade” (Tradução nossa).

¹⁹ “Suponhamos que somos juizes e que chega a nosso conhecimento a conduta de um sujeito, que, em sua condição de oficial de justiça, foi ordenado por juiz competente para realizar o embargo e seqüestro de um quadro de propriedade de um devedor, ao qual se executa em juízo regularmente tramitado, por seu credor

Embora o senso comum reconheça que a conduta do oficial de justiça que cumpre regularmente seu dever funcional não pode ser considerada criminosa, para Zaffaroni não há justificativa doutrinária que explique a contento qual o “caráter do delito que desaparece” (2003, p. 381).

Se nos dirá que esa conducta encuadra en las previsiones del inc. 4º del art. 34 CP “El que obrare en cumplimiento de un deber...” Es indiscutible que encuadra en esta disposición legal, pero ¿qué carácter del delito desaparece cuando un sujeto obra en cumplimiento de un deber?²⁰

Assim como na doutrina penal brasileira, a explicação no direito argentino parte da premissa consolidada de que se trata de uma causa de justificação²¹, como indica o autor, seguindo sua linha teórica (2003, p. 381)

Para un buen sector de la doctrina, el oficial de justicia habría actuado amparado por una causa de justificación, es decir, que faltaría la antijuridicidad de la conducta, pero la misma sería típica²².

E combate a tese, defendendo a impossibilidade do raciocínio doutrinário predominante (2003, p. 381)

Para nosotros, esta respuesta es inadmisibile, porque tipicidad implica antinormatividad (contrariedad a la norma) y no podemos admitir que en el orden normativo una norma mande lo que otra norma prohíbe. Un orden normativo en que una norma pueda mandar lo que otra norma pueda prohibir, deja de ser orden y de ser normativo y queda en un “desorden” arbitrario²³.

E prossegue, asseverando sua crítica (2003, p. 381)

Las normas jurídicas no “viven” aisladas, sino en una trabazón en que unas se limitan a otras, y no pueden desconocerse mutuamente. Un orden normativo no es un caos de normas prohibitivas amontonadas en parvas, no es un depósito de prohibiciones arbitrarias, sino un orden de prohibiciones, un orden de normas, un conjunto de normas que guardan entre sí un cierto orden, que les viene dado por su

legítimo, para cobrar seu crédito não pago, e que no cumprimento dessa ordem judicial e das funções a ele compelidas por lei, solicita o auxílio da força pública e com todas as formalidades do caso seqüestra a obra e a disponibiliza ao juízo. O mais elementar senso comum indica que essa conduta não pode ter nenhuma relevância penal, que de modo algum pode ser crime. Mas, por quê?” (Versão)

²⁰ “Dirão que essa conduta se enquadra nas previsões do inc. 4º do art. 34 do Código Penal (argentino): ‘O que atua em cumprimento de um dever...’. É indiscutível que se enquadra neste dispositivo legal, mas que elemento do delito desaparece quando um sujeito atua em cumprimento de um dever?” (Versão)

²¹ No Brasil, também conhecidas como excludentes de ilicitude ou, ainda, “*excludentes de antijuridicidade, discriminantes, justificativas ou tipos permissivos*” (DELMANTO, 2007, p. 91).

²² “Para um bom setor da doutrina, o oficial de justiça haveria atuado amparado por uma causa de justificação, quer dizer, faltaría antijuridicidade à conduta, mas a mesma seria típica” (Versão).

²³ “Para nós, esta resposta é inadmissível, porque a tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que num ordenamento normativo uma norma mande o que outra norma proíbe. Um ordenamento normativo em que uma norma pode mandar o que outra norma pode proibir, deixa de ser ordenamento e de ser normativo e se conclui num ‘desordenamento’ arbitrário” (Versão).

sentido general: su objetivo final, que es evitar la guerra civil (la guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel)²⁴.

Isso para demonstrar que chamar de típica a conduta daquele que apenas age em cumprimento ao que o ordenamento jurídico estritamente o atribui como missão funcional – dever legal – é provocar o inadmissível choque entre os normativos vigentes.

A ciência jurídica é una e, para tanto, não pode admitir antinomias. Sua divisão em ramos tem apenas um condão didático e interpretativo, não servindo para tornar cada qual uma ciência autônoma. Desta feita, o Direito Penal não pode pretender considerar típica uma conduta que outro ramo da mesma ciência do Direito determina ou mesmo incentiva – fomenta - que se pratique.

Bobbio, coadunando a idéia, em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico, reforça:

Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio, que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade (*apud* GRECO, 2008, p. 158).

Num exemplo simplório, podemos demonstrar o que seria a antinomia normativa: um filho pergunta ao pai se pode fazer algo, e este o nega, insatisfeito, o filho dirige-se à mãe que autoriza o pedido. Houve a quebra da unidade do poder familiar, a fundamentação moral do pai, foi consternada.

Assim o é no Direito. Haverá quebra da unidade jurídica – e violação ao já referido princípio da unidade do ordenamento jurídico – quando uma norma determina ou incentiva o que outra proíbe, ou vice-versa. Nas lições do autor da teoria (2003, p. 381)

Este orden mínimo que deben guardar las normas entre si impide que una norma prohíba lo que otra ordena, como también impide que una norma prohíba lo que otra fomenta. La más elemental lógica nos dice que el tipo no puede prohibir lo que el derecho ordena ni lo que el derecho fomenta. Bien puede suceder que el tipo legal parezca incluir en la tipicidad estos casos, como sucede con el del oficial de justicia y, no obstante, cuando penetramos un poco más en el alcance de la norma que está antepuesta al tipo, nos percatamos de que, a la luz de la misma entendida

²⁴ “As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, senão em uma conexão em que umas se limitam às outras, e não podem se desconhecer mutuamente. Um ordenamento normativo não é um caos de normas proibitivas amontoadas, não é um depósito de proibições arbitrárias, senão um ordenamento de proibições, um ordenamento de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhe é trazida por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar uma guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel)” (Versão).

*como parte del orden normativo, la conducta que se adecúa al tipo legal no puede estar prohibida, porque el mismo orden normativo la ordena o la fomenta*²⁵.

Nesta linha, não há que se considerar típica a conduta do oficial de justiça, no exemplo trazido pelo próprio Zaffaroni. Apesar de enquadrado perfeitamente no descritivo positivado no art. 155 do CPB (“subtrair, para si ou outrem, coisa alheia móvel”) – reconhecida a tipicidade formal ou legal –, a análise do fato típico tem que ir além, exigindo revestir-se também daquilo que denominou “tipicidade conglobante” (2003, p. 381-382).

*Esto nos indica que el juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige otro paso, que es la comprobación de la tipicidad conglobante, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma, no considerada aisladamente, sino **conglobada en el orden normativo. La tipicidad conglobante es un correctivo de la tipicidad legal**, puesto que puede excluir del ámbito de lo típico aquellas conductas que sólo aparentemente están prohibidas, como sucede en el caso expuesto del oficial de justicia, que se adecúa al “apoderamiento de una cosa mueble ajena” (art. 162 CP), pero que no está alcanzada en la prohibición del “no hurtarás”²⁶ (Grifo nosso).*

Assim, para o autor, a ciência jurídica precisa ser vista de modo “conglobado”, ou seja, sob um prisma onde não se permita que um ramo e suas normas conflitem com o normativo de outro ramo. Não pode o direito penal considerar típica uma conduta incentivada ou determinada por outra norma, apresentando como justificativa para a não punição sua consideração como “causa de justificação”.

Zaffaroni (2003, p. 383) demonstra que a breve análise da razão de ser dos institutos elencados como “causas de justificação” faz prova de que há nítidas diferenças entre tais casos e aqueles aqui exemplificados.

Puede afirmarse que los casos que nosotros ubicamos como dando lugar a una falta de tipicidad conglobante (el del oficial de justicia, por ejemplo), bien podrán resolverse como casos de justificación, es decir, como amparados por preceptos permisivos. Ha quienes afirman que es lo mismo que una conducta sea típica a que sea justificada. Aparte de que hay conductas atípicas que son antijurídicas (el inadimplemento de un contrato, por ejemplo), la menor apertura de la estructura teórica del delito al realismo jurídico no resiste la afirmación de que al derecho

²⁵ “Este ordenamento mínimo que devem guardar as normas entre si impede que uma norma proíba o que outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que outra fomenta. A mais elementar lógica nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena nem o que o direito fomenta. Se pode supor que o tipo legal pareça incluir esses casos na tipicidade, como se vê no caso do oficial de justiça e, não obstante, quando adentramos um pouco mais no alcance da norma que está antevista no tipo, nos damos conta de que, à luz da mesma entendida como parte do ordenamento jurídico, a conduta que se amolda ao tipo legal não pode estar proibida, porque o mesmo ordenamento normativo a ordena ou a fomenta” (Versão).

²⁶ Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, sendo que exige outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, que consiste na averiguação da proibição mediante a indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, mas sim *conglobada* no ordenamento normativo. *A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que só aparentemente estão proibidas, como ocorre no caso exposto do oficial de justiça, que se amolda à “subtração de coisa alheia móvel” (art. 162, do Código Penal (argentino), mas que não está alcançada na proibição do “não furtarás” (Versão).

penal le dé no mismo la muerte de una mosca que la de un hombre (Welzel), aunque sea en legítima defensa.

La legítima defensa [...] es una causa de justificación, es decir, un permiso que otorga el orden jurídico para realizar la conducta antinormativa [...]. Veremos luego que si un individuo nos agrede injustamente y tenemos oportunidad de huir, el derecho no nos obliga a huir, porque no estamos obligados a soportar lo injusto. El derecho nos otorga entonces un permiso para repeler la agresión, sin relevar en contra nuestra la posibilidad de huir. Se nos permite incluso dar muerte al agresor, si eso es racionalmente necesario. No se nos obliga a huir, se nos permite repeler.

Pero este “permiso” para repeler la agresión ilegítima y no provocada, no implica que el derecho fomente y menos aún que nos ordene semejante conducta. Simplemente, en estos supuestos conflictivos, el orden jurídico se limita permitir la conducta, porque no puede afirmarse que fomente que un hombre que puede huir prefiera matar. El fomento de la conducta homicida sería harto anticristiano²⁷.

Sob a ótica do autor, não podem ser incluídos num mesmo rol de estudo doutrinário os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade – evidentes causas de justificação – e os institutos do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de um direito fomentado pelo Estado.

Uma causa de justificação exclui a antijuridicidade da conduta. Destarte, se alguém, usando moderadamente dos meios necessários, repele uma injusta agressão atual ou iminente, para tanto também “agredindo” seu oponente, age em legítima defesa, ou melhor, age **permitido** pela norma, que não pode tolerar que injustas agressões não sejam de alguma forma repelidas. E o método autorizado pela norma é o fielmente descrito no art. 25 do CPB.

Da mesma forma ocorre com o instituto do estado de necessidade. A norma **permite** que alguém, perfilado nos requisitos previstos no art. 24 do CPB, sacrifique um bem jurídico tutelado de menor valor, em busca de salvaguardar outro de valor igual ou mormente tutelado.

Mas a norma não “manda”, nem “incentiva” que o agente agrida, ainda que em

²⁷ “Pode-se afirmar que os casos que nós colocamos como dando lugar a uma falta de tipicidade conglobante (o do oficial de justiça, por exemplo), bem poderiam se resolver como causas de justificação, ou seja, como amparados por preceitos permissivos. Há os que afirmam que dá no mesmo uma conduta ser atípica ou ser justificada. Embora se saiba que há condutas atípicas que são antijurídicas (o inadimplemento de um contrato, por exemplo), a menor abertura da estrutura teórica do crime ao realismo jurídico não resiste a afirmação de que para o direito penal dê no mesmo a morte de uma mosca que a morte de um homem (Welzel), ainda que seja em legítima defesa.

A legítima defesa [...] é uma causa de justificação, ou seja, um *permissivo* que outorga o ordenamento jurídico para que se realize a conduta antinormativa [...]. Veremos logo que se um indivíduo nos agrede injustamente e temos oportunidade de fugir, o direito não nos obriga a fugir, porque não estamos obrigados a suportar o injusto. O direito nos outorga então uma permissão para repelir a agressão, sem levar em conta nossa possibilidade de se evadir. Nos *permite* inclusive matar o agressor, se isso for racionalmente necessário. Se não nos obriga a fugir, nos *permite repelir*.

Mas esta “permissão” para repelir a agressão ilegítima e não provocada, não implica que o direito *fomente* ou menos ainda que nos ordene semelhante conduta. Simplesmente, nestes supostos conflitivos, o ordenamento jurídico se limita a *permitir a conduta*, porque não se pode afirmar que *fomente* que um homem que pode perdoar prefira matar. O incentivo da conduta homicida seria ato anticristiniano” (Versão).

legítima defesa, tampouco que salve dado bem jurídico sacrificando outro. Não o faz porque nem poderia fazê-lo, já que tal positivismo seria, nos dizeres de Zaffaroni, “*harto anticristiano*” (2003, p. 384).

Ou seja, quem age em estado de necessidade ou em legítima defesa, nos perfeitos moldes ditados pelos arts. 24 e 25 do CPB, respectivamente, pratica condutas antinormativas, porém permitidas, autorizadas pelo normativo vigente.

Daí se concluir que os dois institutos são nítidos permissivos legais, ou seja, condutas não determinadas, ou sequer fomentadas pelo Estado, mas apenas de prática autorizada, justificadas – daí o termo “causas de justificação” – nas situações fáticas que cercam os agentes, no momento em que as adotam²⁸.

Já no que concerne aos institutos do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de um direito incentivado pelo Estado, não há falar-se em justificação, porque as condutas revestidas desses institutos **não são antinormativas**, o que leva a concluir que não há falar-se em conduta penalmente típica. A tipicidade conglobante pressupõe a antinormatividade. Alguém que atua no absoluto obedecer de suas atribuições legais e confisca bem alheio, sob os lícitos comandos de um mandado judicial de penhora, não age justificado pela norma, mas por determinação desta.

Da mesma sorte, o médico que opera no exercício da medicina terapêutica atua numa prática incentivada pelo Estado, e não permitida. O Estado “quer” que tal médico assim atue. “Precisa” dele. O que diferencia tal situação do que a doutrina majoritária - *data maxima venia*, em equívoco - coloca como causa de justificação. Greco, em referência a Zaffaroni e Pierangeli, aborda com propriedade o exemplo (2008, p. 159)

Além dos casos em que houver determinação legal para a prática de certas condutas nas quais, formalmente, haveria adequação típica, podem ocorrer hipóteses em que a lei, embora não impondo, fomenta certas atividades. Podemos citar, também na esteira de Zaffaroni e Pierangeli, o caso do médico que intervém no paciente com finalidade terapêutica, curativa. Nesse caso, segundo os renomados autores, também não se poderia qualificar a conduta de antinormativa, visto ser essa atividade, ou seja, o exercício da medicina terapêutica fomentada pelo Estado. Se o médico realizasse uma intervenção cirúrgica com a finalidade de salvar a vida do paciente, sua conduta seria **atípica**, pois não contrária à norma (antinormativa), mas sim por ela fomentada (Grifo nosso).

²⁸ Seja uma injusta agressão sofrida, seja um inevitável sacrifício de um bem jurídico de menor valor, em benefício de outro igualmente valorado ou a maior.

No entanto, há outros casos de exercício regular de direito que, aos olhos dos renomados autores, continuariam sendo tratados como causas de justificação, já que seriam exemplos de situações não incentivadas pelo Estado, mas tão-somente permitidas. Nesta linha, Greco conclui (2008, p. 159)

Agora, se o profissional da medicina atua com a finalidade de executar uma cirurgia estética, a sua atividade já não mais seria considerada fomentada pelo Estado, mas somente permitida, tolerada, razão pela qual, neste último caso, embora típica a sua conduta, não seria ilícita, em virtude da ocorrência da causa de justificação prevista na segunda parte do inciso III do art. 23 do Código Penal, vale dizer, o exercício regular do direito.

Desse raciocínio se depreende, como já afirmado anteriormente, que o estrito cumprimento do dever legal, bem como o exercício regular de direitos fomentados pelo Estado não são condutas antinormativas, por isso não podem ser consideradas causas de justificação.

Dessa forma, uma moderna subdivisão do conceito analítico de crime, em seus elementos constitutivos, segundo a obra de Zaffaroni, poderia assim ser disposta:

FATO TÍPICO	ANTI JURIDICIDADE	CULPABILIDADE
<ul style="list-style-type: none"> - Conduta (dolosa ou culposa; comissiva ou omissiva) - Resultado - Nexo de causalidade - Tipicidade penal (subdividida em legal + conglobante) 	<ul style="list-style-type: none"> - Legítima defesa - Estado de necessidade - Exercício regular de direitos permitidos pelo Estado 	<ul style="list-style-type: none"> - Imputabilidade - Potencial consciência da ilicitude - Exigibilidade de conduta diversa

OBS.1: A tipicidade conglobante se subdividiria em antinormatividade + tipicidade material.

OBS.2: No conceito de tipicidade conglobante estariam enquadrados os institutos do ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL e do EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITOS **FOMENTADOS PELO ESTADO**.

Na precisa conclusão de Zaffaroni (2003, p. 384)

Esa es precisamente la más importante diferencia entre la atipicidad conglobante y la justificación: la atipicidad conglobante no surge en función de permisos que el orden jurídico concede resignadamente, sino en razón de mandatos o fomentos normativos o de indiferencia (por insignificancia) de la ley penal. El orden jurídico se resigna a que un sujeto se apodere de una valiosa joya de su vecino y la venda para costear el tratamiento de un hijo gravemente enfermo, que no tiene modo de pagar lícitamente, pero le ordena al oficial de justicia que lo secuestre y le pena y si no lo hace, fomenta la actividad plástica, en tanto que pasa indiferente ante el apoderamiento de una hoja de papel con un gabarito insignificante²⁹.

Assim, reportando-nos ao quadro ilustrativo acima, o autor enquadra a já abordada tipicidade material³⁰, acrescida da antinormatividade, ao seu conceito de tipicidade conglobante. Só então, reconhecida a presença do instituto - obviamente após já apurada também a tipicidade formal -, estaríamos diante do que chamou de “tipicidade penal”, e o fato (conduta + resultado + nexos de causalidade + tipicidade penal) poderia ser considerado típico.

Abordando o tema – e reportando-se a Zaffaroni, Alagia e Slokar - Gomes (2006) assim discorre:

O conceito de tipicidade penal (sob o enfoque material e constitucional) que estamos defendendo (e que compreende a tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva) aproxima-se muito do conceito de *tipicidade conglobante* de Zaffaroni, cujo enunciado mais elementar poderia ser descrito da seguinte maneira: o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra.

[...]

Louve-se a virtude de Zaffaroni de insistir que a ofensividade (que ele chama de lesividade) faz parte do tipo penal. A doutrina de Zaffaroni nesse sentido constitui a base da nossa teoria constitucionalista do delito. A exigência imperiosa da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico) não era retratada com clareza nas anteriores construções da teoria do delito (causalista, neokantista, finalista ou mesmo funcionalista).

De outro lado, tudo que Zaffaroni insere na chamada tipicidade conglobante [...] faz parte do primeiro juízo valorativo da tipicidade material, ou seja, do juízo de desaprovação da conduta (criadora ou incrementadora de riscos proibidos). Se existe uma norma que permite, fomenta ou determina a conduta, não se pode dizer que essa conduta tenha criado risco proibido. O que está permitido, fomentado ou

²⁹ “Essa é precisamente a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a tipicidade conglobante não surge em função de *permissivos* que o ordenamento jurídico concede resignadamente, mas em razão de *mandamentos ou fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal. O ordenamento jurídico se conforma a que um sujeito se apodere de uma valiosa jóia de seu vizinho e a venda para custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, ao qual não pode pagar lícitamente, mas *ordena* ao oficial de justiça que seqüestre e confisque e, se não o faz, *incentiva* a atividade plástica, ao passo que se faz indiferente ao apoderamento de uma folha de papel comum” (Versão).

³⁰ Que seria a exigência de se apurar a existência de lesão – ou perigo concreto de lesão - suficientemente “significativa” ao bem jurídico tutelado pela norma penal (princípio da insignificância).

determinado por uma norma gera risco permitido, logo, não há que se falar em desaprovação da conduta (ou em tipicidade penal).

Os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, em suma, são relevantes para o juízo de aprovação (ou desaprovação) da conduta. O que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode ser proibido por outra, portanto, não constitui fato típico (ou um fato materialmente típico).

Bivar Jr. (2007), acrescenta que

Tipicidade formal é a simples adequação da conduta do agente ao tipo penal. Ou seja, consiste saber se aquele comportamento que ele praticou encontra previsão, adequação em um tipo penal incriminador.

Tipicidade material é a lesão ou perigo de lesão que a conduta do agente causa ao bem jurídico. Para saber isso devemos analisar o princípio da adequação social (Welzel) e da insignificância (Roxin).

Finalmente, a tipicidade conglobante acrescenta o conceito da antinormatividade. Ou seja, para que um comportamento seja considerado típico, exige-se que, além de se enquadrar no tipo penal incriminador, ele contrarie a ordem normativa.

Isso ocorre pois uma norma não pode proibir o que outra permite, pois, do contrário, teríamos um caos normativo. Para os adeptos dessa teoria (tipicidade conglobante), quando um oficial de justiça, munido do mandado judicial, entra numa residência e apreende um bem, o seu comportamento, em vez de ser típico, porém antijurídico (em razão do estrito cumprimento do dever legal), seria sim atípico, em razão da tipicidade conglobante (isso porque é a própria ordem normativa que fomenta, estimula esse comportamento do oficial de justiça). Logo, não teria sentido reprimi-lo.

Na mesma linha, Verônica Lazar (s.d.) aponta entendimento no seguinte sentido:

Tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.

[...]

Ex: o policial que detém um suspeito de um crime, ou um oficial de justiça que seqüestra uma coisa móvel praticam condutas atípicas, porque o cumprimento de um dever jurídico é uma causa de atipicidade penal.

[...]

Ex: lesões desportivas são legalmente típicas, mas conglobalmente atípicas (sic.), sempre que a conduta tenha ocorrido dentro da prática regulamentar do esporte.

No que se refere às lesões desportivas, vale acrescentar opinião adversa de Reale Jr. (2006, p. 175):

A lesão esportiva que alguns autores incluem como exercício regular de direito, a meu ver constitui ação socialmente adequada, pois não há uma autorização normativa para lesionar o jogador do time adversário, mas reconhecimento social da indiferença penal da conduta vista ao contrário como própria da prática esportiva, pois sua punição inviabilizaria o jogo.

Ousamos discordar do entendimento do nobre jurista, de sorte que, se as regras do jogo estabelecem as agressões como nelas inclusas, claro nos parece que o Estado dá, sim, autorização para que o jogo seja praticado. E mais ainda, se, num âmbito mais abrangente, o Estado vê com “bons olhos” a prática regular de qualquer desporto, mais do que autoriza, incentiva (fomenta) que a modalidade e suas regras sejam praticadas.

Senra (2004) considera ainda que

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, uma vez que pretende excluir do âmbito da tipicidade certas condutas que, pela doutrina tradicional, são tratadas como excludentes de ilicitude.

[...]

Dessa forma, nos casos de estrito cumprimento do dever legal que, tradicionalmente, excluem a ilicitude da conduta, estar-se-ia diante de atipicidade conglobante. Caso contrário, teríamos que considerar que o oficial de justiça que seqüestra uma coisa móvel comete furto justificado, que o médico que cumpre com o dever de denunciar uma doença contagiosa comete uma violação de segredo profissional justificada ou o policial que detém um sujeito por prisão em flagrante comete uma privação ilegal de liberdade justificada.

[...]

Nos casos de atividades perigosas, por exemplo, devem ser distinguidas as atividades fomentadas e as permitidas. A circulação de veículos automotores, que é fomentada pela ordem normativa e regulamentada, não pode ser considerada da mesma forma que outras atividades, como a instalação de uma fábrica de explosivos, que o direito apenas permite.

Por fim, a tipicidade penal é a conjugação da tipicidade legal e da tipicidade conglobante. A tipicidade legal é a subsunção (adequação) da conduta ao tipo penal previsto em lei. A tipicidade conglobante é a antinormatividade aliada à tipicidade material.

Outros autores (2008)³¹ ainda acrescentam exemplos oportunos ao tema:

[...] Pode-se perceber que para a teoria da tipicidade conglobante o estrito cumprimento do dever legal passa a integrar a tipicidade, constituindo uma causa de exclusão de antinormatividade. Enquanto na tipicidade formal (sic.) o estrito cumprimento do dever legal constitui uma causa de exclusão da ilicitude (antijuridicidade).

Dessa forma, observa-se que a antinormatividade serve como instrumento de integração do ordenamento jurídico, a fim de corrigir distorções provocadas pelos diferentes comandos emitidos pelas normas jurídicas, busca resolver conflitos aparentes da manifestação da vontade do Estado.

O mesmo acontece com algumas condutas que não são exigidas, mas são fomentadas pelo Estado. Determinadas hipóteses de exercício regular de direito também passarão a integrar o Fato Típico, saindo da Antijuridicidade (ilicitude).

³¹ Autoria desconhecida. Material oriundo do *site* Wikipédia (enciclopédia livre), no qual consta última modificação em 29 jul 08.

É o exemplo do pai que do exercício do poder familiar (previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil) coloca o filho de castigo trancado no quarto, em tese seria o crime de cárcere privado, mas em razão do Estado fomentar que os pais eduquem seus filhos por meio do exercício do poder familiar é afastada a tipicidade da conduta em razão da ausência de antinormatividade.

Como fechamento deste capítulo, nada melhor que retomarmos o original posicionamento do autor da teoria, para apontarmos, sinteticamente, os conceitos da temática até aqui trazida (2003, p. 382):

Tipicidad legal (adecuación a la formulación legal del tipo) es la individualización que de la conducta hace la ley mediante el conjunto de los elementos descriptivos y valorativos (normativo) de que se vale el tipo legal.

Tipicidad conglobante (antinormatividad) es la comprobación de que la conducta típica legalmente está también prohibida por la norma, que se obtiene desentrañando el alcance de la norma prohibitiva conglobada con las restantes normas de orden normativo.

Tipicidad penal (adecuación legal y antinormatividad) es el resultado de la afirmación de las dos anteriores³².

Consequência lógica da tipicidade conglobante: o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de direitos fomentados pelo Estado deixam de figurar como excludentes de ilicitude para eliminarem, desde logo a antinormatividade e via de consequência a tipicidade penal.

³² “Tipicidade legal (adequação à formulação legal do tipo) é a individualização da conduta à lei mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos (normativo) de que se vale o tipo legal.

Tipicidade conglobante (antinormatividade) é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, que se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas do ordenamento normativo.

Tipicidade penal (adequação legal e antinormatividade) é a soma das afirmações anteriores” (Versão).

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DE ZAFFARONI À PRÁTICA POLICIAL

4.1 Da Perspectiva voltada ao Princípio da Insignificância

Muito embora a jurisprudência, venha reconhecendo a atipicidade material das condutas penalmente insignificantes, a doutrina, por sua vez, adota majoritário entendimento no sentido de que, apesar de admitir se tratar de instituto estudado no âmbito da tipicidade, a apuração do princípio da insignificância não está afeta às atribuições da autoridade policial.

Embora também se trate de reconhecimento do fato típico, tal aferição não estaria sob a égide da autoridade policial, dado o **subjetivismo** de sua análise – sobre o que seja ou não hipótese de insignificante lesão ao bem jurídico tutelado. Sustenta a absoluta maioria da doutrina que considerar a *opinio delicti* do delegado de polícia como verdade absoluta seria privar o Estado de uma avaliação mais precisa, gerando possíveis violações a princípios normativos basilares.

Em entrevista concedida para este trabalho Greco destoa, do âmago da avaliação, o que se tem seria apenas o que chamou de “desconfiança” quanto ao desempenho da atividade policial. O raciocínio parece evidente: na falta de argumento teórico a embasar a inviabilidade de a autoridade policial manifestar-se (já que, se é hipótese de tipicidade, o presidente do inquisitório poderia, sim, opinar), a doutrina ressalta argumentos subjetivos a garantir o que sustentam ser o “princípio da segurança jurídica” ou como Geraldo Prado (v. Apêndice C) entende violação ao “princípio republicano”.

A questão é apenas técnica. Se, tecnicamente, o reconhecimento da insignificância é estudado aos olhos da tipicidade material - e quanto a isso, hoje, não há mais discussão; e se à autoridade policial incumbe – como já exaustivamente demonstrado – apurar se o fato é típico (nesse conceito se enquadrando a perquirição da justa causa penal); não há, portanto, argumento teórico que permita rechaçar da análise da autoridade policial a constatação da insignificância de uma conduta.

Referindo-se não só ao princípio da insignificância, mas à tipicidade conglobante como um todo, Nilo Batista expõe sua contundente opinião (v. Apêndice B)

Eu acho que o delegado tem todo o direito de considerar [...] como não ter fato típico. Todo o direito. E, se bobear, não instaurar inquérito. Chega ali, você faz uma VPI (verificação de procedência das informações), constata todos aqueles elementos

que eu dei aqui, no exemplo do hotel. Você tem, não um direito, mas um dever de arquivar.

É certo que o estudo exigiria desdobramentos outros que não podem ser alcançados pelos intentos desta monografia. A se restar, contudo, a proposição para um aprofundamento teórico capaz de embasar uma modificação no entendimento doutrinário predominante.

4.2 Da perspectiva da antinormatividade

Inafastável ressaltar-se que a tese até aqui demonstrada, defendida pelo respeitado jurista argentino, embora propícia, não é recebida – ou, melhor se diria, é por raro observada – pela doutrina brasileira majoritária, a qual sustenta que a tipicidade material, já exaustivamente abordada, satisfaz o enquadramento da conduta - finalisticamente voltada a um resultado – como típica³³.

Mais ainda, o entendimento predominante aponta que, sob uma visão pragmatista, dizer que uma conduta tem atipicidade conglobante ou que ela é uma excludente de ilicitude terá, ao final, o mesmo resultado, qual seja o de considerá-la um “não-crime”. Assim, sustenta-se que a teoria de Zaffaroni teria pouco interesse prático, já que não mudaria a conclusão acerca das condutas averiguadas.

É este, contudo, o ponto principal que este trabalho pretende, digamos, combater. Reconhecendo sentido lógico à teoria, a doutrina penal brasileira carece de perceber sua utilidade prática, ainda que mais propriamente no que se refira ao ramo do Direito Processual Penal.

Assim, este trabalho intenta aferir não só a eficiência do raciocínio explicitado com a teoria da tipicidade conglobante, como também – e principalmente - a viabilidade prática da doutrina na esfera policial, o que será especificamente abordado a partir de agora.

Criando o raciocínio de que certas condutas, hoje observadas à luz das excludentes de antijuridicidade, são, na verdade, dotadas de atipicidade conglobante – já que não são condutas antinormativas, mas, ao contrário, determinadas ou fomentadas pela norma -, Zaffaroni induz ao entendimento de que, sob o prisma processual penal, se reportarmos o raciocínio ao âmbito do inquérito policial, já que à autoridade policial se atribui a iniciativa de apurar se uma conduta é ou não **típica**, para fins de proceder ou não ao indiciamento do autor do fato, daí se concluir que, embasado na teoria da tipicidade conglobante, o reconhecimento

³³ Obviamente, acrescida da tipicidade formal, que é, como já vimos, a perfeita adequação da conduta ao teor descrito na norma.

dos institutos do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direitos fomentados pelo Estado passariam então a se submeter ao crivo dessa autoridade.

Ab initio, não se vislumbra, na doutrina processual penal predominante, qualquer óbice ao reconhecimento de que incumbe à autoridade policial averiguar a existência de justa causa para a ação penal, aí se enquadrando a apuração da tipicidade da conduta. Coadunando o entendimento, Nucci (2007, p. 62), em referência ao inquérito policial, prescreve

Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, **inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime** (Grifo nosso).

E referindo-se especificamente à classificação dos delitos, o autor assim acresce (2007, p. 67)

Deve a autoridade policial, justamente porque lhe compete a apuração da materialidade das infrações penais e da sua autoria, proceder à classificação dos crimes e contravenções que lhe chegarem ao conhecimento. Ensina Roberto Lyra Filho que a lei processual penal utiliza, indiferentemente, os termos *classificação das infrações penais e definição jurídica do fato*, quando se refere à tipificação de um fato, embora teoricamente haja diferença. Dar a definição jurídica do fato é **adequar a conduta concreta ao modelo legal incriminador (tipo penal)**, enquanto a classificação é o resultado dessa análise (Grifo nosso).

Pelo raciocínio exposto, perceptível que, se cabe ao presidente do procedimento inquisitivo dar definição jurídica ao fato, enquadrando-o no tipo penal, vê-se, por todo o exposto nos capítulos precedentes, que a apuração da tipicidade penal é, sem qualquer dúvida, atribuição desta autoridade.

Por sua vez, é inequívoca a constatação atual do entendimento doutrinário, que defende o reconhecimento processual da existência de quaisquer dos quatro institutos hoje caracterizados como “causas de justificação” – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito – só pode ser feito em sede de ação penal, pelo juiz do feito ou mediante manifestação do representante do Ministério Público.

No entendimento majoritário, à autoridade policial cabe, ao máximo, apontar a existência do instituto, mas só o representante do *parquet* pode se manifestar pelo arquivamento ou, em oferecendo a denúncia, só em sede judicial e entendendo cabível, a autoridade judiciária absolverá sumariamente o acusado³⁴, reconhecendo a ocorrência de um dos quatro institutos referidos.

³⁴ Em se tratando de existência manifesta, de acordo com recentíssimo positivismo do que a doutrina vem denominando de reforma do Código de Processo Penal, especificamente no inciso I do art. 397, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 jun 08.

Nesta linha, Capez, em lição consonante, embora em referência à legislação vigente da época, aduz (2004, p. 255-256)

Constatando-se a presença de alguma das causas de exclusão da ilicitude, faltará uma condição da ação penal, pois, se o fato, que deve ser narrado com todas as circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizados estarão o Ministério Público a pedir o arquivamento ou o juiz a rejeitar a denúncia ou queixa [...].

Que se acrescentar que a recente reforma do Código de Processo Penal brasileiro – CPP³⁵ introduzirá reflexos interpretativos na doutrina, quanto ao tema, dada a expressa revogação do art. 43 do CPP. Contudo, se observa entendimento consonante no sentido de que o referido dispositivo foi substituído pela nova redação dos arts. 395 e 397, inserida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, os quais tratam da instrução criminal do processo comum. Assim, em nada se alteraria a sustentação de que, quanto às causas descriminantes, só o juiz pode decidir, e o MP, no máximo, se manifestar. À autoridade policial admite-se apenas a *opinio delicti*.

Insere-se, destarte, o choque entre as doutrinas. Se para Zaffaroni, como já visto, os institutos do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direitos fomentados pelo Estado devem ser estudados à luz da análise do fato típico, preliminarmente portanto à apreciação da antijuridicidade; e se, para a doutrina predominante, ambos os institutos, somados à legítima defesa e ao estado de necessidade nada mais são que causas de justificação – considerando típicas as condutas, mas não antijurídicas - há que se avaliar qual dos posicionamentos tem razão de prevalecer, em correlação aos princípios jurídicos que abarcam os entendimentos.

Reconhecendo o conflito formal de doutrinas, Nilo Batista coloca seu posicionamento pessoal (v. Apêndice B)

É uma teoria importante, é superfundamentada, faz o maior sentido que você investigue. Se há um conflito, porque formalmente você tem. Então, eu aconselho a quem não vai adotar a teoria da tipicidade conglobante, me arranjar uma solução melhor para não dizer que é típica a conduta do barbeiro que me corta o cabelo. Vai ter que dizer que é típica, mas que está justificada pelo consentimento. Colocando o consentimento como justificação, que é o que faz a teoria convencional.

Sob aspectos práticos, aqui caberia respeitosa crítica ao pensamento defendido pela doutrina majoritária, no sentido de que, aos olhos do interesse estatal, seja o de poupar recursos humanos ou mesmo o de assegurar o princípio da economia processual, não parece a melhor pretensão do Estado que processos sejam instaurados – e, em consequência se

³⁵ v. observação anterior (nota nº 24).

desgaste a máquina pública – para, só lá adiante, se tomar uma decisão que poderia ser adotada ainda em sede de procedimento inquisitivo.

Aguardar o lapso temporal que inadvertidamente ocorre – e que se sabe longínquo – no curso de uma ação penal, para se alcançar uma decisão com finalidade prática idêntica³⁶ à que seria adotada em sede policial, não parece defender os mais basilares princípios da administração pública – finalidade e eficiência -, impositivos do art. 37 da CR/88.

Nesta linha, admissível se concluir que alguma discricionariedade ou juízo de valor deva ser atribuído à autoridade policial, ao apurar as situações fáticas que lhe chegam ao conhecimento. Coadunando este entendimento, podemos citar a lucidez de Frederico Marques (1998, p. 151), para o qual

Um certo poder discricionário é sempre inerente às funções policiais; donde dizer J. C. MENDES DE ALMEIDA, com muito acerto, o seguinte: “Há lamentável mal-entendido, no foro, em torno das críticas que despertam as violências na investigação criminal. Erram os que supõem devam os delegados renunciar àquela medida razoável de arbítrio, sem a qual seria ineficaz a função investigatória. Esse arbítrio existe. É o signo da autoridade administrativa que elas exercem, norteadas pelo interesse da descoberta do crime, de seus autores e das provas do crime e da autoria. Tal arbítrio, porém, não é ilimitado, pois, ao usá-lo, os funcionários policiais são responsáveis administrativa, civil e criminalmente pelas ilegalidades que praticarem” (MENDES DE ALMEIDA, p. 281 *apud* FREDERICO MARQUES).

Parece-nos claro, ainda, que, em certas situações haja conteúdo probatório suficiente para se apontar, de pronto, a existência inequívoca de uma atipicidade conglobante, fazendo crer desnecessário qualquer movimento estatal no sentido de dar trâmites prolixos e inócuos aos apuratórios.

Podemos retornar às lições de Reale Junior, quando, em sua obra – embora se referindo às excludentes de antijuridicidade -, reconhece a adequação social inequívoca de certas condutas, *in verbis* (2006, p. 153)

A ausência de antijuridicidade, de adequação típica, num caso em que a ação é socialmente adequada surge imediata e evidente, **não se cogitando, muitas vezes, sequer de uma análise mais detida**, pois a olho visto se observa que não é relevante para a proteção do bem jurídico integridade física o cirurgião fazer um corte cirúrgico no paciente, como não é injusto ao *boxeur* nocautear seu adversário, causando-lhe graves lesões (Grifo nosso).

E conclui o respeitado jurista, citando que “o valor positivo da ação elimina o desvalor do resultado, até porque busca-se, no final, um resultado também reconhecido como

³⁶ Ainda que de naturezas jurídicas distintas, já que a doutrina é uníssona em considerar distinção na origem dos institutos da absolvição do réu e do arquivamento do inquérito policial, no que se refere à natureza das decisões, bem como à formação ou não da coisa julgada.

socialmente positivo” (2006, p. 154).

Assim, não se vislumbra, ao menos em tese, violação a nenhum princípio fundamental do cidadão, até porque a decisão beneficiaria o eventual acusado, evitando o constrangimento de passar por todo um dispendioso e desconfortável processo judicial³⁷, oportunidade em que – em estando comprovado que sua conduta obedeceu estritamente ao seu dever legal, ou há clara atipicidade material ou que foi praticada porque fomentada pelo Estado - a própria autoridade policial reconheceria a atipicidade conglobante da conduta e sequer instauraria o procedimento inquisitivo³⁸.

Então, a partir das considerações aduzidas se, por exemplo, chega ao conhecimento da autoridade policial, por meio escrito, uma “pseudo”-*notitia criminis* tentando o indiciamento de alguém que tropeçou em uma lata de lixo, esta autoridade terá nitidamente – e sem mais o que investigar - que determinar ao cartório que archive a notícia, posto que reconhecida a **atipicidade** da conduta.

Ou seja, é notório e desnecessário de provas que tropeçar numa lata de lixo – sem ferir a terceiros com tal infortúnio – não se enquadra formalmente a nenhuma conduta prescrita como crime no Código Penal brasileiro. Daí logicamente se depreender que será desperdiçar a máquina pública, em recursos humanos e materiais, se algum procedimento formal – seja uma informal verificação de procedência das informações³⁹, seja um inquérito policial – for instaurado.

Nesse diapasão, se à autoridade policial incumbe aferir a existência da tipicidade formal, como no exemplo ilustrado acima, evidente concluir que a ela também incumbe a constatação ou não do segundo elemento para a averiguação do instituto da tipicidade. E, em sendo a teoria da tipicidade conglobante aceita como o mais preciso entendimento a discorrer sobre o tema, coerente também será concluir que ao delegado de polícia se atribuirá o mister

³⁷ Nesta linha, Nucci (2007, p. 62) acrescenta que “o simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade”.

Com entendimento similar, assim dispõe Greco Filho (1995, p. 82): “Já se sustentou que bastaria como justa causa para a ação penal a descrição, na denúncia ou queixa, de um fato típico. A doutrina atual, porém, à unanimidade, percebendo que a ação penal por si só é, já, um constrangimento à liberdade individual, exige, para que a ação penal seja proposta e se mantenha, elementos probatórios que sirvam de fundamento razoável para sustentar esse constrangimento, o qual, caso contrário, seria ilegal”.

³⁸ Ou, se já instaurado, relatária, requerendo seu arquivamento (art. 17, do CPP).

³⁹ Frise-se que, em sua obra, o respeitado Nucci (2007, p. 67-68) considera descabido qualquer procedimento formal diverso do inquérito policial, interpretando não reconhecer expressa previsão legal no que dispõe o art. 5º, §3º, *in fine*, do CPP. Para o autor “essa verificação [...] não significa a concretização de um novo procedimento não previsto em lei e, conseqüentemente, sem o necessário acompanhamento do representante do Ministério Público e do juiz”.

de reconhecê-la, no âmbito de suas atribuições funcionais.

Desse modo, apresentando um exemplo mais palpável à realidade, se um bombeiro, no regular cumprimento de suas funções, invade um domicílio em busca de averiguar expansões de um incêndio iniciado na casa ao lado, não pode, ainda que não encontrado novo foco da tormenta, pretender ser processado criminalmente por iniciativa do dono daquela residência.

Se o citado possuidor direto, em seu inconformismo por eventual prejuízo causado, ainda assim pretender registrar ocorrência policial contra o agente público, sustentando a incursão formal no art. 150 do CPB, à autoridade policial, revestida do *munus publico* que lhe confere a Constituição da República (art. 144 e §§), caberá sustar de pronto a iniciativa, posto que evidentes os pressupostos do estrito cumprimento de dever legal⁴⁰.

A doutrina brasileira ensina que tem dever legal todo aquele – como o próprio nome induz inferir - a quem a lei atribui o cumprimento da obrigação de salvaguardar alguém sob sua proteção. Neste sentido, se incluem no conceito não só o bombeiro, mas exemplos como o do pai, em relação aos filhos; os filhos, em relação aos pais, na velhice; o tutor ou o curador; o médico do serviço público; ou ainda o servidor policial. Acrescente-se que também aos chamados “agentes garantidores legais”⁴¹, contudo, a estes, só se exige o sacrifício se podiam e deviam agir, caso em que, reconhecida a impossibilidade fática, admite-se sustentar o estado de necessidade da conduta, sem que se viole o preceituado no art. 24, §1º do CPB.

Coadunando o exposto, Dupret leciona (2008, p. 142)

O dever do garante é atuar em favor do bem para pelo menos tentar evitar o resultado – observe-se que para que alguém deva, é necessário antes que possa.

Então, quando formos avaliar a omissão, primeiro devemos avaliar se o agente podia agir para depois ver se ele devia agir.

[...]

Se o garantidor não pode agir para impedir o resultado, não se pode imputar a ele este resultado, pois não se pode exigir, em regra, que ele se torne herói do garantido à custa da própria vida. Por que mencionamos a expressão “em regra”? Porque devemos ressaltar que em determinados casos o não poder agir não irá decorrer de uma circunstância pessoal, como uma paralisia, uma doença, mas sim de um estado de necessidade.

E assim, de volta ao exemplo do bombeiro, embasado na “atipia conglobante”⁴², a autoridade policial rechaçaria, de pronto, a instauração do procedimento, proferindo despacho

⁴⁰ Por óbvio, desde que reconhecidas, *in casu*, todas as evidências do instituto.

⁴¹ *Ex-vi* do art. 13, §2º, “a” do Código Penal brasileiro.

⁴² Sobre o termo, v. STJ, REsp 470978 / MG, 2002, Rel Min. Felix Fischer.

pelo arquivamento cartorário do Registro de Ocorrência (R.O.), como assim o autoriza a legislação processual penal (art. 5º, §2º do CPP).

Da mesma sorte, se o policial, obedecendo rigorosamente as prerrogativas legais, emprega necessária força física para efetuar a prisão de alguém que resiste, em estado de flagrância, ferindo-o gravemente, agiu sob a égide do instituto aqui abordado. Ainda que o preso vitimado intente punir o servidor por lesão corporal, desnecessário será o oferecimento de uma ação penal para reconhecer o que a autoridade policial, de pronto, já teria instrumentos para dizer.

Ou mesmo se o médico, no exercício regular da medicina, opera com fins reconhecidamente terapêuticos, visando salvar a vida do paciente, não pode este pretender puni-lo criminalmente, caso não se atinja o fim pretendido pela cirurgia⁴³. Está-se diante do que Zaffaroni entende pelo exercício regular de um direito, cuja prática o Estado incentiva – logo, desprovida de antinormatividade a conduta e, por conseqüência, conglobadamente atípica.

Na mesma linha, se qualquer do povo usa das prerrogativas que lhe confere o art. 301 do CPP, para deter um sujeito em flagrância de furtar um bem alheio e, empregando necessária força física para contê-lo, lhe quebra o braço, não será punido por lesão corporal – provadas as circunstâncias que isentam sua conduta -, sendo possível à autoridade policial o reconhecimento imediato da atipicidade conglobante, pelo exercício regular de um direito legalmente garantido, qual seja a possibilidade de qualquer cidadão efetuar prisões em flagrante delito.

Ao ressaltar, como já abordado neste trabalho, que o próprio legislador aos poucos se convence que essa realidade seja a mais adequada ao pensamento do Direito Penal moderno. E vai ainda mais além, quando intenta acrescentar ao ordenamento jurídico não só o entendimento de que a tipicidade é instrumento de juízo da autoridade policial, como também a própria antijuridicidade das condutas e mesmo o tão subjetivo princípio da insignificância (tipicidade material). Nesta linha, oportuna a referência ao Projeto de Lei – PL - nº 7.013/2006, que busca alterar o CPP e regulamentar a atuação da autoridade policial no que se refere à prisão em flagrante, estabelecendo que, quando observadas as causas de atipicidade ou de justificação, este não poderá efetuar a prisão, *in verbis*

Art. 310-A. A autoridade policial não imporá prisão em flagrante, nem exigirá fiança:

⁴³ Sendo certo que a doutrina é uníssona em afirmar tratar-se o exercício da medicina de uma “atividade-meio”.

I – Quando verificar que o agente praticou o fato **nas condições do art. 23, I, II e III do Código Penal**.

II – Se, ao considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, **verificar a mínima ofensividade da conduta do agente**; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Parágrafo único. Em todos os casos, a liberdade provisória somente será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação (Grifo nosso).

Assim, o entendimento moderno vem consolidando a tendência que, respaldado no princípio da intervenção mínima - que garante ao intérprete aplicar a lei penal apenas aos casos em que se entender significativa a lesão ao bem jurídico - a autoridade policial é suficientemente autônoma para debruçar seu entendimento jurídico aos fatos a ele submetidos e, zelando pela economia processual, indeferir formais instruções de procedimentos comprovadamente inócuos.

Greco, em trecho da entrevista concedida a este trabalho, menciona que aqueles que relutam nesse raciocínio o fazem por não entenderem suficientemente o conceito de **minimalismo** (v. Apêndice A)

[...] Seria insuportável se fosse instaurado inquérito policial para tudo. Não há como. E assim - é aquilo que eu tenho procurado fazer com que as pessoas entendam, nesses congressos que eu tenho participado - ser minimalista não é ser ingênuo. São coisas completamente diferentes. É que as pessoas não entendem o que é ser minimalista. Ser minimalista não é querer passar a mão na cabeça de preso, muito pelo contrário. Ser minimalista é elege prioridades.

Embora se infira que muitos são os episódios oficiais registrados como Autos de Resistência, onde se configuram situações como a do exemplo do policial abordado anteriormente, este trabalho não conseguiu obter números estatísticos que permitissem comprovar a real eficácia prática da adoção da teoria da tipicidade conglobante aos casos do cotidiano.

Buscou-se por dados estatísticos junto ao Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (ISC/RJ), órgão responsável pela pesquisa, análise criminal, capacitação profissional e conselhos comunitários de segurança do Estado do Rio de Janeiro, bem como junto à Procuradoria da República no município de Niterói, contudo, sem êxito na obtenção de números, sob a justificativa de não haver preocupação estatal no ordenamento desses dados.

Ainda que sem comprovação estatística e sabendo que boa parte dos procedimentos registrados como Autos de Resistência se transformam em ações penais morosas e inócuas,

dado o desnecessário engessamento procedimental, aqui cabe a indagação: quão menores seriam tais processos, se as decisões fossem tomadas de pronto, pela autoridade policial, em sede de inquérito policial? Que prejuízos sofreria o Estado com a adoção benéfica da teoria da tipicidade conglobante?

E assim, deixando de lado os casos que violam a lei – que certamente precisarão de apuração mais detalhada -, será admissível ou coerente que se mova o instrumento público de persecução penal, quando nitidamente presentes os pressupostos que autorizam à autoridade policial reconhecer a atipicidade conglobante premente da conduta? Beneficia-se o Estado com a morosidade de um processo arrastado e inócuo? Beneficia-se o cidadão, que sofre um constrangimento desnecessário? Beneficia-se a sociedade, enquanto violados seus direitos humanos, além do desperdício do dinheiro público? Temos por certo que não.

Ao se frisar que a intenção não é salvaguardar o corporativismo de se “engavetar” fatos mal-esclarecidos, privilegiando agentes públicos que ofendem deliberadamente o ordenamento jurídico. Ao contrário, prima-se pela mais clara e precisa apuração dos fatos, como já é de praxe à autoridade policial incumbir. E, em superada esta minuciosa apuração - reconhecidos presentes os institutos que Zaffaroni, com propriedade, aponta como hipóteses de atipicidade conglobante -, nada mais célere e justo que reconhecer que a autoridade policial, no bojo de seu mister, goza da prerrogativa funcional de sustar a continuidade de um feito sem razão de ser.

Inquestionável se reconhecer que a decisão neste sentido não afastará a autoridade policial da perquirição da verdade real, vez que a própria lei processual (CPP) assim garante, em seu art. 18, *in verbis*

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Como se vê, o ordenamento já enraizado no diploma processual brasileiro, com clareza, autoriza à autoridade policial que, reconhecendo a mera **notícia** de novas provas a exigir averiguação, proceda à continuidade do inquisitório até então arquivado⁴⁴. Tal disposição assegura que o *jus puniendi* estatal não reste prejudicado por decisões precipitadas, seja de que autoridade for. Novamente demonstrado que o próprio contexto jurídico vigente por si só previne contra eventuais equívocos funcionais.

⁴⁴ Na esteira do que pressupõe o enunciado de Súmula nº 524, do Supremo Tribunal Federal (STF), *in verbis*: “Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

De outra esfera, dirá parte da doutrina que a autoridade policial não pode deixar de instaurar o inquérito policial porque não titulariza a ação penal. E, defendendo que o inquérito policial seria um procedimento linear, ou uma via de uma só mão, Rangel assim discorre, em incisiva opinião sobre a temática (2007, p. 84-86)

3.3 Características [do inquérito policial]

[...] 3.3.4 Unidirecional

O inquérito policial tem um único escopo: apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4^a, *in fine*, do CPP). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.

A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício da suas atribuições, é meramente investigatória.

Muitas vezes, no momento de capitular a infração penal praticada pelo indiciado que foi preso em flagrante, pode surgir a dúvida se o crime foi doloso ou culposo e, neste caso, trazer grandes conseqüências para a liberdade do indiciado.

[...]

Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial.

Sustentarão outros violação ao princípio do juiz natural, explicitado no art. 5^o, incisos XXXV, XXXVII e LIII da CR/88, aferindo que não se pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, com o que, em discordância, ficamos com o entendimento de Frederico Marques (1998, p. 189), quando dispõe

O princípio do juiz natural não exclui a existência de justiças especiais, mas tão-só dos juízos de exceção e extraordinários. Segundo P. ROSSI, deve-se entender por juiz natural, “*les juges appropriés aux différents matières*”; e, com a regra de que ninguém pode ser tirado de seu juiz natural, quis-se “proscriver os juízes extraordinários, qualquer que seja o seu nome, as comissões, cortes especiais ou outras, os juízes constituídos *post factum*, constituídos *ad hoc* para o julgamento de tal e tal caso” (P. ROSSI *apud* FREDERICO MARQUES).

Para CALAMANDREI, a garantia do juiz natural é inseparável do sistema da legalidade. Os princípios de “*l’astrattezza delle leggi*”, que asseguram ao cidadão a certeza do direito e a possibilidade de conhecer em qualquer momento os limites da própria liberdade, não teriam praticamente qualquer sentido se não fossem acompanhados “*da questa parallela astrattezza dell’ordinamento giudiziario*”, que impede que a escolha dos juízes seja feita *ad personam*, de forma a anular-lhes antecipadamente a independência e a imparcialidade (CALAMANDREI *apud* FREDERICO MARQUES).

Juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial, mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, “*per giudicare persone o fatti particolari*”, como o disse a Cassação de Roma.

Na mesma linha, indagado sobre a possibilidade de violação aos princípios do juiz natural e da segurança jurídica, Nilo Batista, no bojo de seu depoimento exclusivo ao trabalho, opina que a segurança jurídica, na verdade, aumenta (v. Apêndice B)

Pelo contrário. Dá mais segurança jurídica. O poder punitivo se amplia. Ele preenche qualquer espaço. A luta que se dá é que o Estado de Direito quer contê-lo, e o Estado de Polícia, que lateja dentro de todo Estado de Direito, quer ampliá-lo. A maneira de, digamos, o saber jurídico estar empenhado na contenção do poder punitivo é o Direito Penal.

O Direito Penal é um saber jurídico que procura conter todo poder punitivo que seja ilegal, incondicional ou irracional. Essa é a tarefa do Direito Penal. E essa devia ser a tarefa do juiz. O juiz que aplica a teoria do Direito Penal. O poder punitivo quer ocupar todo o espaço, porque o Estado de Polícia cresce até onde deixam. E nós estamos vendo aqui (no Rio de Janeiro) que o Estado de Direito é desafiado abertamente. Então, eu acho que isso aí... algum dia isso vai ser reestruturado.

Longe de pretender esgotar o tema, este trabalho quer, isto sim, deixar propostas para um estudo mais aprofundado, em prol do desafogar da engrenagem processual brasileira - ainda que mudanças legislativas se façam necessárias para tal fim.

Neste diapasão, indagado sobre a necessidade de mudança legislativa para a adoção da teoria, Rogério Greco registra sua opinião pessoal (v. Apêndice A)

Eu acho que sim. Porque sabemos que é muito difícil mudar aquilo que já está consolidado. No mundo inteiro, basicamente, não se usa a teoria da tipicidade conglobante. Então, se você olhar a literatura alemã, espanhola, nem se toca nisso. Pouquíssimos são os autores que mencionam isso, de se “enxugar” as causas de exclusão da ilicitude.

Então, assim, não é um movimento do Direito Penal. É um pensamento muito particular do Zaffaroni, que eu particularmente acho correto. Tecnicamente, é o mais correto [...]

Assim, diante da ainda pouca doutrina escrita sobre a temática por este trabalho aludida, procurou-se trazer observações pertinentes de alguns dos mais renomados pensadores do Direito Penal brasileiro da atualidade. E torna-se clara a percepção que a iniciativa vislumbrada pelo trabalho vai ao encontro do pensamento defendido pelos doutrinadores suscitados à discussão.

5 CONSIDERAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

Como propriamente abordado por Senra (2004):

Em termos jurisprudenciais, ainda é tímido o reconhecimento da tipicidade conglobante. Como se pode observar nos acórdãos citados, somente se reconhece a atipicidade conglobante nos casos de falta de tipicidade material, mais precisamente em face do Princípio da Insignificância.

Resp 457679 / RS; 2002/0091098-7

Relator: Min. Felix Fischer

Penal. Recurso Especial. Apropriação Indébita de Contribuição Previdenciária. Princípio da Insignificância. Prescrição Retroativa.

I – O princípio da insignificância como causa de **atipicidade conglobante**, afetando a tipicidade penal, diz com o ínfimo, o manifestamente irrelevante em sede de ofensa ao bem jurídico protegido. O referencial deve ser calcado em norma que não seja meramente administrativa – ou ainda, *interna corporis* – e provisória.

II – Julgada procedente a ação penal, é de se reconhecer a extinção da punibilidade quando decorrido o prazo prescricional entre a data do julgamento do recurso e o recebimento da exordial, visto que, na instância comum, as decisões forma absolutórias.

Recurso provido e julgada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa (Grifo nosso).

Resp 470978 / MG; 2002/0127163-8

Relator: Min. Felix Fischer

Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Furto. Princípio da Insignificância. Dissídio.

I – No caso do furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na **atipia conglobante** (dada a mínima gravidade).

II – A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.

III – O dissídio pretoriano tem que observar o disposto nos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC (c/c o art. 3º do CPP).

Recurso não conhecido (Grifo nosso).

HC 11542 / DF; 1999/0116943-7

Relator: Min. Felix Fischer

Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Homicídio Qualificado. Desclassificação do Latrocínio. Pronúncia. Roubo Descaracterizado.

I – Se, em razão de recurso, é afastada a figura do latrocínio, determinando-se a pronúncia por homicídio qualificado, a residual figura da subtração patrimonial, já agora sem violência ou grave ameaça e sem vínculo causal com o primeiro delito, não pode ser admitida, dada a insignificância da *res furtiva* (R\$ 1,00). Princípio da bagatela que, pela **atipicidade conglobante**, afasta a tipicidade penal.

II – A *questio* acerca do excesso de prazo está, agora, superada conforme o teor da Súmula n. 21-STJ.

Habeas corpus parcialmente concedido (Grifo nosso).

No entanto, o que este tópico pretende apurar é se haveria impeditivo legal – ou mesmo convicção jurisprudencial adversa – para considerar contrária aos ditames normativos brasileiros a decisão da autoridade policial que, embasado no reconhecimento da atipicidade conglobante, deixa de instaurar o inquérito policial no caso concreto – ou, uma vez estando este instaurado, em comprovando *a posteriori* a atipicidade conglobante, relate o inquérito

representando pelo seu arquivamento ao *parquet*.

Para tanto, entende-se por abordagem essencial conhecer o posicionamento legislativo e jurisprudencial reinantes, acerca do reconhecimento das causas de justificação e da própria teoria da tipicidade conglobante, passando então pelas perspectivas futuras de ambas as vertentes, no que pertine a Projetos de Lei em trâmite e a subseqüentes decisões jurisprudenciais ampliando a adoção da teoria objeto deste estudo.

Como já visto, o legislador efetivou recentíssimas mudanças no Código de Processo Penal brasileiro⁴⁵, dentre as quais fixou o entendimento de que ao Judiciário incumbe reconhecer as causas de exclusão de ilicitude e, mais ainda, quando manifestas, absolver sumariamente o acusado, positivando nova redação ao art. 397 do referido diploma, *in verbis*

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente (Grifo nosso).

Assim, perceptível que o posicionamento legislativo atual se mostra em absoluto alinhamento com a doutrina substanciada. No entanto, há que se considerar que o legislador vem suscitando implementar mudanças neste entendimento, ou ao menos admitir maior tolerância ao raciocínio de que o Direito Penal e seus princípios hodiernamente considerados podem oferecer maior celeridade ao trâmite processual penal.

Confirmando o exposto, tramitam no Congresso Nacional 3 (três) Projetos de Lei – PL - objetivando alterar os Códigos Penal e Processual Penal, onde se depreende, dentre outras inovações, claro intento de positivar o instituto da insignificância, como elemento que exclui o crime, a saber:

1) O PL nº 6.667/2006 pretende incluir na parte geral do CPB o art. 22-A, dispondo sobre o princípio da insignificância com a seguinte redação:

Art. 22-A. Salvo os casos de reincidência, ameaça ou coação, não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante.

Ementa: Inclui o artigo 22-A, que dispõe sobre o Princípio da Insignificância, no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

⁴⁵ Introduzidas pela Lei nº 11.719, de 20 jun 08; e Leis nº 11.689 e nº 11.690, ambas de 09 jun 08.

Indexação: Alteração, Código Penal, inclusão, Princípio da Insignificância.

2) Já o PL nº 908/2007, apensado ao anterior, intenta acrescentar o art. 23-A ao referido diploma legal, com a seguinte redação:

Atipicidade em razão da insignificância da conduta

Art. 23-A. É atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal.

Parágrafo único. A fim de se aferir a adequação típica, observar-se-á, dentre outros aspectos:

- a) o grau mínimo de ofensividade e expressividade da lesão jurídica provocada;
- b) a periculosidade social da conduta e seu grau de reprovabilidade;
- c) as circunstâncias do fato e a personalidade do agente;
- d) a integridade da ordem social e o ambiente social onde ocorreu a conduta;
- e) o valor do objeto ou produto do crime, a sua importância, e as condições econômicas da vítima e do ofensor;
- f) a natureza e importância do bem jurídico protegido, bem como a quantidade de bens jurídicos ofendidos;
- g) a habitualidade delitiva e o incentivo à prática de outros crimes;
- h) a reincidência e a existência de antecedentes criminais.

Ementa: Acrescenta o art. 23-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Explicação da Ementa: Caracteriza como atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela lei penal.

3) Por sua vez, o já referido PL nº 7.013/2006 intenta acrescentar o art. 310-A ao capítulo da prisão em flagrante delito, no CPP, contendo a seguinte redação:

Art. 310-A. A autoridade policial não imporá prisão em flagrante, nem exigirá fiança:

- I – Quando verificar que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III do Código Penal.
- II – Se, ao considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, verificar a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Parágrafo único. Em todos os casos, a liberdade provisória somente será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Ementa: Acrescenta o artigo 310-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para proibir a prisão em flagrante e a exigência de fiança quando verificar que o agente praticou fato penalmente insignificante ou nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal (exclusão de ilicitude).

Explicação da Ementa: Proibindo a prisão em flagrante em crimes de baixo potencial ofensivo, aplicando o Princípio da Insignificância.

Como se vê, os Projetos de Lei demonstram a premente preocupação do legislador em normatizar que só haverá crime quando a tipicidade formal se consubstanciar com o conceito de tipicidade material, ou seja, quando a conduta apresentar o mínimo de lesividade penal, garantindo enfim que ao Estado só interessa intervir naquele mínimo essencial e necessário à observação e controle estatal (direito penal mínimo).

E mais ainda, já denota a intenção atualizada de se ampliar o alcance da incumbência da autoridade policial neste contexto, quando pretende elencar entre as atribuições deste inclusive a apreciação das causas de exclusão da ilicitude, como hoje são conhecidas e positivadas no art. 23 do CPB.

No que se refere ao Judiciário, é certo que, até hoje, a jurisprudência não foi instada a se manifestar sobre a atipicidade conglobante sustentada na antinormatividade da conduta. Contudo, apesar de ainda pouco difundida, a teoria da tipicidade conglobante vem sendo citada com mais frequência nos tribunais do país, apesar de não se encontrar ainda referência específica no Supremo Tribunal Federal - STF.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, por sua vez, traz um rol de quase 30 (trinta) julgados sobre o tema, todos considerando a tipicidade material como elemento da tipicidade conglobante, em exata consonância com o entendimento de Zaffaroni. A ressaltar alguns exemplos:

AgRg no REsp 922863 / RS; 2007/0024441-8

Relatora: Min. Jane Silva (TJ/MG)

Penal. Agravo Regimental. Furto Simples Tentado. Princípio da Insignificância. Ocorrência. Agravo a que se Nega Provimento.

I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância é imprescindível à distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na **atipia conglobante** (dada à mínima gravidade).

II - *In casu*, a *res furtiva* se enquadra no conceito de bagatela, pois a interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto no caso concreto.

III - Circunstâncias de caráter eminentemente pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não interferem no reconhecimento do princípio da insignificância.

IV - Agravo a que se nega provimento (Grifo nosso).

HC 82417/SP

Relator: Ministro Felix Fischer

Penal. Habeas Corpus. Furto Simples Tentado. Princípio da Insignificância.

I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na **atipia conglobante** (dada a mínima gravidade).

II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.

III - No caso concreto, o valor da *res furtiva* de aproxima de uma esmola, configurando, portanto, um delito de bagatela.

Ordem concedida (Grifo nosso).

HC 32882/MS

Rel. Min. Jorge Scartezzini

Habeas Corpus. Penal e Processo Penal. Furto Qualificado. Res Furtiva de Pequeno Valor. Aplicação do Princípio da Insignificância. Impossibilidade. Ordem Denegada.

I - O pequeno valor monetário do bem tutelado não se traduz, automaticamente, na incidência do princípio da insignificância. Há que se conjugar o desvalor do resultado e o desvalor da ação.

II - Conquanto o pequeno valor da *res furtiva*, houve no caso alto desvalor da ação, não sendo possível, pois, a mera aplicação automática do princípio da insignificância senão pela análise da **tipicidade conglobante**.

III - No caso, ainda, o paciente ostenta maus antecedentes, o que impede a pretensão ora deduzida.

IV - Ordem denegada (Grifo nosso).

Neste condão, notando-se que o Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer, do STJ, respeitado conhecedor do Direito Penal brasileiro, é a autoridade judiciária que mais se reporta à teoria em julgados sob sua relatoria, buscou-se com afincos a obtenção de breves palavras suas, por meio de uma entrevista exclusiva. Contudo, diante de incontáveis compromissos não só no STJ, como também junto ao TSE - onde foi recentemente eleito Corregedor-Geral – não restou possível contar com tão significativo depoimento.

Expostos os posicionamentos atuais e perspectivas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a nós resta discutir acerca da possibilidade de mudanças futuras, para tanto avaliando se haveria de se inferir choque com os princípios basilares do direito positivo pátrio. Assim, o debate pretende chegar ao seguinte propósito: estaria a autoridade policial violando algum preceito procedimental ao sustar o inquérito – seja a instauração ou o prosseguimento – embasado na atipicidade conglobante da conduta sob sua apuração? Mais ainda, violaria algum preceito constitucional?

Adotando uma postura plenamente realista, o respeitado doutrinador Rogério Greco não aponta violação a qualquer normativo vigente, com a adoção da perspectiva teórica proposta. Aduz, por sua vez, que o único impeditivo à sua adoção seria o que apontou como “desconfiança” no trabalho da autoridade policial (v. Apêndice A)

[...] Isso é coisa de confiança. Essa desconfiança também existe no MP. Só para você entender, no júri. Instaura-se um inquérito policial. “A” atirou em “B” nitidamente (*frisou*) em legítima defesa. Vê-se que todas as provas do inquérito policial levam à conclusão que o sujeito agiu em legítima defesa. A maioria entende que o MP não pode pedir o arquivamento.

Doutrinariamente falando, a maioria entende que não pode, porque o juízo natural ali é o júri. Mas por que falam que o juízo natural é o júri? Falam isso pela desconfiança na autoridade policial. Afirmando que a prova foi inquisitorial, porque não havia contraditório, não havia isso, não havia aquilo outro. Que o delegado pode

ter forjado. Você está entendendo que a questão toda é a da desconfiança?

Da mesma forma indagado, o renomado jurista Nilo Batista aponta sua posição – já explicitada no capítulo anterior -, no sentido de que os princípios constitucionais estariam ainda mais garantidos com a adoção da perspectiva neste trabalho proposta. Defendendo que a tipicidade conglobante é o raciocínio mais lógico a ser adotado pelo legislador, Nilo Batista aponta que (v. Apêndice B)

[...] E às vezes não é só subjetivo, por exemplo, o cumprimento de um dever legal. Você dizer que o policial que realiza uma prisão está cometendo uma ação típica de constrangimento ilegal, mas justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, é uma “forçação” de barra, porque você está tirando aquela conduta ali, no plano geral do ordenamento jurídico, sem verificar se ela tem antinormatividade. Todo tipo tem uma norma que você deduz dele. O tipo legal está ali: “matar alguém”; pena: reclusão de 6 a 20 anos. Tem uma norma que você deduz, “não matar”. É proibido matar. Porque se o tipo for omissivo próprio, a norma vai ser perceptiva. No art. 135 (CPB), você deduz uma norma dali: você deve prestar socorro, quando possível fazer sem risco pessoal, a uma criança abandonada ou extraviada. É uma norma de você deduz dali. Tem que ver se tem antinormatividade, antes.

O exercício de um direito também é uma coisa para ser resolvida no âmbito da tipicidade. Eu estou hospedado no Hotel Gloria. Saí e deixei minhas malas lá, porque eu vou fazer uma reunião no Centro e vou voltar para acertar minha conta. Me “limpam”. Me levam tudo, quando estou pegando um táxi. Eu vou à 9ª DP, registro, volto para o hotel e digo: “Olha, eu não vou poder lhe pagar porque me roubaram tudo, e tal. Me dá minhas bagagens, mas hoje mesmo a secretária estará depositando, e tal”. O rapaz vai dizer: “Não vou lhe devolver suas bagagens”. O Código Civil diz que ele é credor pignoratício. Ele é, independentemente de uma convenção, não houve um contrato de penhor, mas ele é credor pignoratício porque o Código Civil diz que os hospedeiros são credores pignoratícios pelas bagagens etc., até o valor das despesas. Então, como é que eu vou admitir que essa retenção, essa detenção, que está lá na apropriação indébita está... ele está detendo aquilo como possuidor, né? Como é que eu vou dizer que isso é típico, mas que não é antijurídico, quando na verdade não está havendo apropriação, está havendo uma detenção autorizada? Legítima. Estou cumprindo, eu estou realizando, exercendo um direito. Como é que eu vou reconhecer a tipicidade nisso?

Num país com pena de morte: o cara soltou o cutelo, bateu. Eu vou dizer, há uma ação típica de matar? O cara fez concurso pra carrasco, foi aprovado, nomeado. O dever dele é soltar o cutelo. E aí eu vou dizer que aquilo é típico para depois jogar no ordenamento e justificar pelo cumprimento do dever legal? Não. É atípico.

Com efeito, demonstrou-se que a doutrina mais respeitada em sede de Direito Penal no Brasil coaduna com o entendimento trazido à baila. Da mesma sorte, a jurisprudência vem tendente a admitir a tipicidade conglobante como elemento da tipicidade penal. E mesmo o legislador, o próprio detentor do “poder legisferante” vem aos poucos se inclinando aos modernos pensamentos penalistas.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou, antes de tudo, incitar o pensador da ciência jurídica à reflexão. Mencionando os propósitos de uma teoria moderna – apesar de não ser nova -, objetivou discorrer sobre a garantia de uma maior autonomia funcional à polícia judiciária, tratando apenas de elementos técnicos perfeitamente defensáveis, que podem repercutir na viabilização de todo o ordenamento jurídico-procedimental.

Viu-se que dados estatísticos, embora pesquisados, não se tornam viáveis ao tipo de pesquisa pretendido. Os órgãos públicos mostram-se falhos, neste importante aspecto: ignoram a importância da auto-avaliação de procedimentos; ou, assoberbados de trabalho, simplesmente se vêem impossibilitados de fazê-lo.

A se lamentar, contudo, que a pesquisa não se permitisse elencar a efetiva repercussão prática de uma proposta de redução de procedimentos em matéria processual penal. Mas o reflexo não parece carecer de estatística: menos papel, menos sobrecarga de tempo e de trabalho, menor burocratização, menor ofensividade a cidadãos manifestamente inocentes. Conseqüências lógicas das pretensões que o trabalho pretendeu ilustrar.

É verdade que as características do inquérito policial são aparentemente escusas, em razão da ausência do contraditório e da ampla defesa, todavia, afirmamos ser o mesmo verdadeira garantia para o indiciado por possuir um procedimento sigiloso. Caso contrário, todos teriam acesso às informações de um indiciado causando maiores prejuízos aos cidadãos.

Entendemos necessárias as verificações de procedência das informações afim de evitarmos indiciamentos prematuros e infundados, pois mesmo sendo sigiloso, é certo que o indício também gera constrangimento e expectativa por parte do indiciado.

Como Greco observa, em seu discurso exclusivo a este trabalho (v. Apêndice A), o pensamento minimalista, embora ainda longe de ser majoritariamente recebido pela doutrina, rememora as origens do Direito Penal. Esse ramo jurídico não foi criado para agredir a sociedade, mas sim para defendê-la. Sendo assim, não pretende “pesar sua mão” onde não haja necessidade de fazê-lo, ou, mais tecnicamente, não pode se preocupar com condutas penalmente irrelevantes, sequer minimamente ofensoras dos bens jurídicos que visa tutelar.

E, nesta linha, o inquérito policial, presidido pela autoridade policial respectiva, pode e deve ser utilizado como filtro a esses procedimentos sobressalentes, que unicamente empurram – e emperram – a máquina pública, gerando dispêndio de tempo, de produção, de recursos. Deve o órgão policial clamar por sua maior **autonomia**, pois é benéfica a todo o Estado Democrático de Direito.

Destarte, a posição doutrinária que afirma ser o inquérito unidirecional, “calado”, “mudo”, desprovido de qualquer juízo valorativo, ao que nos parece, anda na contramão do entendimento penalista moderno.

E a teoria de Eugenio Zaffaroni – relevando, sob uma ótica técnica, que institutos hoje vistos como causas de justificação deveriam ser estudados, de fato, sob a luz da tipicidade –, grosso modo, só faz coadunar o raciocínio. Não se discute que a autoridade policial analisa a existência ou não da **tipicidade** das condutas. De sorte que, apenas à luz da mesma análise técnica, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direitos fomentados pelo Estado, e (por que não dizer?) o próprio princípio da insignificância, estão inseridos no rol de atribuições do presidente do inquérito, desde que tal autoridade justifique sua apreciação no que sustenta a teoria da tipicidade conglobante, aqui estudada.

É o que se quer deixar, em tons conclusivos, com este trabalho. Longe de pretender esgotar o tema, o estudo intenta propor discussões profícuas e mais aprofundadas acerca de uma temática, ainda, pouco explorada pela doutrina brasileira – o que fez o elaborador, inclusive, buscar a opinião pessoal de respeitados doutrinadores em matéria penal.

Uma breve monografia não pode desejar dissecar o tema por completo. Apresenta de fato o intuito de aguçar o raciocínio de que o inquérito policial tem muito mais a oferecer à sociedade do que aquilo que atualmente dispõe. Não é obsoleto ou “dispensável”, como se inseriu no art. 12 do diploma processual penal. É, isto sim, elemento de apoio à elucidação dos fatos criminosos e, antes de tudo, instrumento estatal de proteção à sociedade – e não só de materializar seu *jus puniendi*.

Disso se infere que, independentemente do estudo de Zaffaroni, a intervenção mínima estatal vem sendo princípio freqüente no linguajar jurídico da atualidade. Sustar, o quanto antes, atividades inócuas do Estado, filtrando, no dissecar do conceito analítico de crime,

apenas aquilo que o Direito Penal considere como importante a ser avaliado. É o que parece pretender o Estado Democrático (e moderno) de Direito brasileiro.

Apegados aos dizeres de Greco (2008, p. 155), conclui-se que é preciso resgatar o Estado Social, que se viu transformado em um Estado Penal pela incisiva participação dos defensores do direito penal máximo. E esse resgate faz preservar o principal princípio garantido e exteriorizado pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CR/88), qual seja o indisponível e absoluto **princípio da dignidade da pessoa humana**.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Paulo. **Querer poder conjugar**. Niterói: Imprensa Oficial, 2001.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – Parte geral**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIVAR JR., Luiz. **Tipicidade conglobante**. Fórum concurseiros!, Brasília, 05 junho 2007. Disponível em: <<http://www.forumconcurseiros.com/phpBB3/viewtopic.php?f=75&t=18950>>. Acesso em: 08 set. 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal brasileiro.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal brasileiro.
- BRASIL. **Projetos de Lei em tramitação**. Câmara dos Deputados. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 01 out. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=conglobante&b=ACO>. Acesso em: 01 out. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 out. 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Trad. e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DUPRET, Cristiane. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário brasileiro globo**. 30. ed. São Paulo: Globo, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GNU Free Documentation License. **Tipicidade conglobante**. 29 julho 2008. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tipicidade_conglobante> Wikipédia. Acesso em: 08 set. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004.

_____. **Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8450>>. Acesso em: 08 set. 2008.

_____. **Furto/roubo famélico: causa de atipicidade material ou de exclusão de ilicitude?**. Wiki-Iuspédia, São Paulo, 01 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070601155556567>>. Acesso em: 08 out. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

_____. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 3. ed. ver. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

LAZAR, Verônica. **Estrito cumprimento do dever legal e tipicidade conglobante**. Tribunal de Justiça, Escola Superior da Magistratura, Sergipe. Disponível em: <http://www.tj.se.gov.br/esmese/phpSecurePages/documentos/veronicalazar/estrito_cumprimento_dever_legal.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v.1. 1. ed. 2. tir. Campinas: Bookseller, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 23. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. ver. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SENRA, Ula. **Tipicidade conglobante**. Instituto Praetorium. Belo Horizonte, 31 maio 2004. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=115>>. Acesso em: 08 set. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – **Apresentação de Trabalhos Monográficos de Conclusão**. 9ª Edição revisada. Ed. UFF, 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – **Manual para Elaboração de Monografias**. 2008.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal – Parte general**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

APÊNDICE A

1 Entrevista com o professor Rogério Greco

Realizada em 15 set. 2008, na sede da Procuradoria Geral de Justiça da cidade de Belo Horizonte, MG.

O jurista Rogério Greco é Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal. Especialista em teoria do crime pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

1.1 - Em linhas gerais, o trabalho abrange a aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante, trazida pelo jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, no cotidiano policial, visando trazer a apreciação dos institutos do *estrito cumprimento do dever legal* e do *exercício regular de direitos fomentados pelo Estado* para a atribuição da autoridade policial, em sede de procedimento inquisitivo. Qual sua opinião a esse respeito?

Rogério Greco – Na verdade, se você for olhar por alguns aspectos, a tipicidade conglobante já é aplicada sem vocês (policiais) saberem. Então, por exemplo, por que não se instaura um inquérito policial em face de um outro policial que efetuou uma prisão em flagrante?

1.2 – Só não se dá essa justificativa teórica...

Rogério Greco – Exato, você só não justifica. Porque você acredita que ele agiu no estrito cumprimento do dever legal. E aí, pelo Código (Penal), hoje, isso é uma exclusão de ilicitude.

Mas esse pensamento de Zaffaroni é um pensamento que chamamos de “*lege ferenda*”, ou seja, para uma legislação futura. Então, no futuro – não sei se isso vai acontecer, provavelmente não -, mas, no futuro, o ideal seria, segundo essa posição de Zaffaroni,

antecipar o estudo para o tipo, ao invés da ilicitude. Então você esvaziaria as causas de exclusão da ilicitude. Por conta dessas situações de atividades fomentadas pelo Estado, por conta do estrito cumprimento do dever legal.

Agora, em outros casos é que você fica na dúvida. Então, por exemplo, pode o delegado de polícia aplicar o princípio da insignificância?

Então, em determinadas situações, a polícia já aplica sem saber. Aplica “no automático”, porque se fosse o caso teria que instaurar inquérito policial toda vez que alguém fosse preso, por exemplo. Para apurar se houve crime de seqüestro, porque privou alguém do seu direito de ir e vir. Então, isso não se discute e ninguém até hoje falou a respeito disso porque já acha que “está no automático”, é tese de exclusão de ilicitude.

Agora, e em outras situações? A exemplo do princípio da insignificância, que a gente analisa em sede de tipicidade material? Aí começa o problema. Então, até uma das perguntas que eu fazia em sala de aula para os meus alunos era justamente essa: será que o delegado pode aplicar o princípio da insignificância? Qualquer promotor de justiça vai te dizer que não. E vai justificar – na minha opinião, com um argumento “furado” – porque o promotor é o *dominus litis*, então ele que é o “dono” da ação penal. Então, ele é quem tem que decidir se o fato é crime ou não é crime...

Então, é confuso por conta disso. Mas, se você for olhar o que diz o Código de Processo Penal, o delegado só pode instaurar o inquérito se em tese houver a prática de uma infração penal. E, se com o princípio da insignificância, você está afastando a tipicidade, quer dizer que não existe infração penal.

Mas a coisa é de interpretação. Porque, às vezes, o que é insignificante pra um não é insignificante para outro. Então, o princípio da insignificância é um princípio que, por si só, já enseja muita insegurança. Embora seja de aplicação obrigatória, na minha opinião, ou seja, para quem adota posições minimalistas. Mas se você for conversar com alguém do movimento de “lei e ordem”, não há sequer que se raciocinar em termos do princípio da insignificância.

Então, só para você ter uma idéia, aqui no Ministério Público (MP), há coisa de dez anos atrás, mais ou menos, existia um corregedor que não adotava, no MP, o princípio da insignificância. E chegava, em algumas situações, até ao absurdo de tentar punir o promotor

que adotasse, independente daquilo que a gente reconhece como sendo independência funcional.

O corregedor defendia que “no MP não tem insignificância. Tem que denunciar desde o sujeito que subtrai um palito de fósforo até aquele que subtrai bilhões”. Só que sabemos que aquele que subtraiu o palito de fósforo vai ficar preso com excesso de prazo. E o que subtraiu bilhões, nunca se vai colocar a mão nele.

Então, o princípio da insignificância é, antes de qualquer coisa, um princípio de justiça. De justiça do caso concreto. Não o adotar é uma situação de injustiça. É claro que tem casos que você olha e reconhece ser um absurdo aquele sujeito ser preso. Agora, é preciso saber aplicar o princípio também.

Então, recentemente, salvo engano, era a posição do STJ aplicar aos crimes de contrabando (ou descaminho, não me recordo bem) o princípio de insignificância até dez mil reais. Agora, se não me engano, o tribunal está mudando a posição. Mas mandavam aplicar até esse valor, porque o piso de cobrança para a Fazenda poder executar tinha que ser até esse valor.

Veja que nada tem a ver uma coisa com a outra. Quer dizer que eu puno o sujeito que furtou alguma coisa de meio salário-mínimo e libero o sujeito “de dez mil”? Não tem lógica nisso! Então, a questão é não saber aplicar o princípio.

O princípio da insignificância está muito ligado também, se você for ver, à questão da proporcionalidade. Ou seja, não é proporcional o sujeito ficar preso, às vezes de 2 a 8 anos, num furto supostamente qualificado, porque furtou um isqueiro, mediante destreza. Não há lógica! Isso é algo que te choca, quando você analisa um fato desses! Então, o princípio foi feito pra isso.

Agora, veja: por que não dar esse direito também à autoridade policial?

1.3 – Olhando com a visão de “instituto”, se é um reconhecimento de atipicidade, também assim poderia ser dado. É exatamente esse raciocínio que o trabalho visa abordar, no que se refere à tipicidade conglobante, porque, em se reconhecendo que são institutos analisados à luz da tipicidade – sabe-se que hoje só o juiz pode afirmar que se trata de excludente de ilicitude, absolvendo ou rejeitando a denúncia (ou aceitando a promoção do MP pelo arquivamento) – o delegado, ao qual incumbe dizer se o fato é

típico ou atípico, poderia se manifestar.

Vemos que, para tanto, teria de haver uma mudança de doutrina, passando a majoritariamente aceitar esse pensamento...

Rogério Greco – Na verdade, o que vem acontecendo, e sempre aconteceu, é que o delegado não instaura o inquérito policial e pronto. E não fundamenta absolutamente nada. Não se instaura e acabou, ninguém fica sabendo. Não se formaliza, ou seja, o trâmite cai na informalidade. Se você observar, o dia a dia policial é esse.

Agora, seria insuportável se fosse instaurado inquérito policial para tudo. Não há como. E assim - é aquilo que eu tenho procurado fazer com que as pessoas entendam, nesses congressos que eu tenho participado – ser minimalista não é ser ingênuo. São coisas completamente diferentes. É que as pessoas não entendem o que é ser minimalista. Ser minimalista não é querer passar a mão na cabeça de preso, muito pelo contrário. Ser minimalista é eleger prioridades.

Então, assim, você é policial e perde um tempo “violento” na apuração de uma “bobagem” num inquérito policial. E esse inquérito policial vai lhe tomar tanto tempo quanto um inquérito de uma coisa importante. E sabe o que vai acontecer, no final? Os dois vão prescrever, porque a Justiça não consegue julgar tudo. Então, de que adianta esse pensamento dos “falsos legalistas” de se defender que tem que apurar tudo? Não tem que apurar tudo, mas o que é importante.

Já passou do tempo de o direito penal fazer uma triagem, fazer uma seleção de coisas importantes. Ele não foi criado para isso! Agora é que nós vivemos um momento de inflação legislativa que é um momento muito terrível. Então, o movimento de mídia tem uma influência forte por conta disso. Quer dizer, toda hora que a mídia vem na televisão, o Congresso quer mudar lei! Você já viu alguém dizer, num programa de televisão, que a nossa legislação penal é boa? Nunca viu. E aí, no afã de querer “arrebentar” com a sociedade... porque a idéia é essa!

Não sei se você lembra da expressão de von Liszt, que dizia que “o Código Penal é a carta magna do delinqüente”. Quando surgiu essa expressão, principalmente por conta de um Estado Liberal, a lei penal, o Código Penal foi criado para a defesa do cidadão contra o Estado, e não o contrário. Hoje, vivemos numa democracia que inverteu os papéis (*risos*).

Então, as leis são criadas para “arrebentar” com a sociedade e não para protegê-la. E nesse afã de tentar “arrebentar” com a sociedade, o Governo acaba criando situações de inaplicabilidade da própria lei. Veja o que aconteceu com o art. 306 do Código de Trânsito. Agora constou lá um percentual mínimo para chegar à conclusão de que o sujeito está embriagado. Só se o sujeito não tiver instrução nenhuma, que ele se submete ao bafômetro! Vai perder o carro, vai pagar uma multa administrativa, mas crime ele não vai praticar!

Então, veja, se fosse na legislação anterior, o sujeito já estava “arrebentado”, porque outras provas me permitiriam dizer que ele estaria bêbado.

1.4 – Nos EUA, usam aquela linha reta no chão, para a pessoa andar em cima...

Rogério Greco – Mas até andar naquela linha é uma prova contra si mesmo. Agora, você conversando com a pessoa... não sei se você viu a divulgação de um sujeito, aqui em Belo Horizonte, que foi preso na casa dele, com pijama e tudo. A polícia o prendeu na casa dele e ele foi preso até de pijama. E ele, já na viatura, gritava: “eu tenho é que ser preso mesmo, porque eu estou bêbado e não posso dirigir bêbado!” (*risos*). E perguntava ao repórter, “você não bebe, não?!”.

Outro foi aquele sujeito de Brasília, na televisão, tentando soprar o bafômetro, você viu? (*risos*).

Então, esse processo de inflação legislativa é que prejudica. E uma das idéias da tipicidade conglobante é essa. Você pode perceber o seguinte: as teorias mais modernas que surgem, à medida que vão sendo construídas, têm como idéia depurar, evitar a aplicação da lei penal. Veja a teoria da imputação objetiva, que também é estudada em sede de tipo, não na tipicidade conglobante, mas em relação de causalidade. Veja a própria tipicidade conglobante.

O que se tenta com isso? Tenta-se evitar ao máximo possível passar à aplicação da lei. Então, assim, quanto mais cedo você interromper o estudo da infração penal, melhor. Mais seguro é. Porque se sabe que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade são filtros. São barreiras que o intérprete tem que ultrapassar, para poder chegar à conclusão da infração penal.

Então, é uma barreira mesmo. Houve tipicidade? Então por que tanta teoria “lá dentro” do tipo? Ora, ele vai ter que esgotar aquilo tudo. Houve conduta, dolosa ou culposa? Ah, houve uma conduta no mundo natural, mas não houve dolo nem houve culpa. Então, não

interessa para o direito penal. Nós só reconhecemos dois comportamentos. Foi o sujeito que atirou e matou mesmo? Não, não foi. Foi o outro. Foi ele? Foi. Mas isso aí pode ser imputado a ele a título de homicídio? Aí você já começa a raciocinar em termos de imputação objetiva.

E aí, você vai desenvolvendo. Houve tipicidade? Hoje, não nos contentamos só com o conceito de tipicidade formal. Então, hoje já é um conceito mais abrangente. Agora, as pessoas do movimento de ordem já não adotam a tipicidade conglobante.

Então, assim, não existe uma teoria no Código. Se você perguntar qual foi a teoria adotada pelo Código, a resposta será que o Código não adotou nenhuma. Outras pessoas dirão que o nosso Código é finalista. Não é finalista. Há institutos no Código que são nitidamente finalistas. Então, por exemplo, tratamento de erro de tipo e de proibição é um tratamento de erro finalista. Agora, relação de causalidade, no art. 13 (CPB), é da teoria causal. Ainda é a mesma redação (*citou a redação*). Então, é uma redação nitidamente causalista. Aí, você vai até o art. 59 (CPB), você tem lá a teoria social da ação, você tem tudo. Você vai ao art. 23 (CPB), exclusão da ilicitude. Eu posso analisar esse artigo tanto com uma visão final como com uma visão causal. E os resultados serão completamente diferentes.

Então, muita gente diz que o Código, depois da reforma de 1984, passou a ser um Código finalista. Ele tem institutos nele que são finalistas. Mas não é o Código todo. Nós temos artigos lá na parte especial que ainda são do Código de 1940. Ainda trata lá do concurso de pessoas como co-autoria. Então, na leitura do artigo, salvo engano, do favorecimento real: “prestar auxílio ao criminoso, fora dos casos de co-autoria ou receptação, destinado a tornar seguro o proveito do crime”. Quando o Código fala em co-autoria, não é a co-autoria em sentido estrito, não. É a co-autoria do título que havia lá no Código Penal de 1940, que era “da co-autoria”, que abrangia tanto a co-autoria quanto a participação. Hoje, fala concurso de pessoas. Então, você tem que entender lá aquele artigo como sendo concurso de pessoas, não só co-autoria.

Mas muita gente pensa dessa forma, infelizmente, por causa da postura do Damásio (Damásio de Jesus). Sem querer falar mal do Damásio, até porque eu fiz concurso só estudando por ele. Só que ninguém havia me dito que a teoria do Damásio era minoritária. E todo mundo a tratava como se fosse majoritária. Minoritaríssima, inclusive no Brasil. Só que, assim, nós, estudantes, como era o único livro basicamente indicado... porque o Damásio foi um autor que surgiu depois da reforma do Código. Tínhamos os clássicos, Nelson Hungria,

Basileu Garcia, Magalhães Noronha, que ficaram para trás. Então, dessa geração, só despontou o Damásio. Então, quer dizer, passamos a acreditar que tudo aquilo que ele dizia era verdade (*risos*). E não era. Assim... não que fosse errado, mas não era a verdade do Código.

1.5 – E essa percepção só passou a ser vista depois da sua obra?

Rogério Greco – Não, não. Outras pessoas já haviam expressado. Por exemplo, o Cezar (Cezar Roberto Bittencourt), o falecido Ministro Assis Toledo. Já havia vários. Só que nós não olhávamos muito para essa turma. Porque era só Damásio e Mirabete (Julio Fabbrini Mirabete). Como o Mirabete era basicamente um resumo do Damásio – eles eram até sócios de curso, depois o Mirabete saiu, algo assim -, tinham o mesmo pensamento. Foi por isso. Mas hoje, a tendência é você entender o direito penal mais moderno, mesmo.

1.6 – Prof. Rogério, ciente que a excelência de sua obra “Curso de Direito Penal” reputa à consideração de tratar-se hoje da mais recomendada doutrina de Direito Penal no mundo jurídico - seja o universitário, o concursado ou mesmo o intelectual – sabe-se que a teoria da tipicidade conglobante, de Eugenio Zaffaroni, é hoje difundida no Brasil por seu quase que exclusivo intermédio. O Senhor sabe afirmar a origem do estudo do Prof. Zaffaroni? A partir de quando passou a desenvolvê-la?

Rogério Greco – Para falar a verdade, eu não sei. Eu tenho, basicamente, todos os livros de Zaffaroni. Tenho um até que não editam mais, que é uma coleção de 5 volumes, só sobre parte geral. Zaffaroni é uma pessoa que tem uma cabeça privilegiadíssima. São 5 volumes, cada um com aproximadamente umas 600, 700 páginas. Eu tenho o manual dele. Tenho o argentino, de onde se originou esse nosso “Manual de Direito Penal Brasileiro”, que foi, em tese, traduzido pelo Pierangeli, mas não foi nem muito isso, não. Foi um trabalho conjunto, porque o Zaffaroni fala perfeitamente o Português.

Mas nos livros dele, ele não diz a fonte. Mas, ao que parece, não foi criação do Zaffaroni também. Não posso lhe assegurar isso, mas no livro não fala de onde surgiu a teoria da tipicidade conglobante.

1.7 – O Senhor é um fiel seguidor de Zaffaroni em vários outros preceitos também?

Rogério Greco – É, assim, eu gosto muito das posições de Zaffaroni. Algumas eu

concordo, outras não. Mas, por exemplo, essa da tipicidade conglobante eu acho que Zaffaroni tem razão. Se você for olhar - principalmente no caso do estrito cumprimento do dever legal - os fundamentos de cada uma das causas de exclusão de ilicitude são todos diferentes do estrito cumprimento. Estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, tudo isso é faculdade. O único que é uma imposição é o estrito cumprimento do dever legal.

E aí você começa a raciocinar com o conceito de antinormatividade, que não é um conceito de Zaffaroni. Bobbio (Norberto Bobbio) já discutia há muito tempo essa coisa de antinormatividade. Então até Zaffaroni cita Bobbio nessas situações, porque Bobbio assim dispõe... já leu aquele livro dele, “Teoria do Ordenamento Jurídico”? É muito bom, vale a pena você ler.

Ele fala que não é possível que, num ordenamento jurídico que você entenda como perfeito... porque existem várias teorias sobre o ordenamento jurídico. Algumas entendem pela perfeição dele, outros não. Mas prevalece a teoria da perfeição do ordenamento. E o que é isso? A lei é sempre falha. A lei é sempre lacunosa. Por mais imaginação que tenha o legislador, ele nunca vai conseguir abranger tudo. Não há como. E ele vai falhar. Agora, quando ele falha, eu tenho instrumentos para poder suprir essa falha. Então, eu tenho a analogia, os princípios gerais do direito, o uso dos costumes. São ferramentas que me permitem consertar aquilo que a lei errou. O “furo” da lei.

Então, por isso é que se entende que o ordenamento é perfeito, embora a lei seja falha. Porque eu tenho como consertar esse ordenamento. E aí, Bobbio fala assim: não é possível que num ordenamento que você entende como perfeito, uma lei ao mesmo tempo proíba aquilo que a outra impõe. Vai prevalecer o quê, a proibição ou a imposição? Porque você tem que obedecer a lei. A lei está lhe proibindo matar, e do outro lado ela está lhe mandando matar! O que você vai fazer?

Então, vem Zaffaroni e conclui que, entre a proibição e a imposição, eu tenho que ficar com a imposição. Então aquele “é proibido matar” é dirigido a todo mundo, menos àquelas pessoas que têm o dever de matar. É um raciocínio... eu acho que é um raciocínio lógico. Eu não posso dizer, não, àquele sujeito é proibido matar, mas eu vou excluir a ilicitude. Sabe, foge um pouco à lógica do raciocínio da teoria do crime.

Agora, há outras posições de Zaffaroni que eu não concordo muito. Então, por

exemplo, quando estuda os crimes omissivos impróprios, Zaffaroni às vezes trabalha com alguns exemplos que, assim, são inacreditáveis. Ele cuida de um “estupro por omissão” que não tem como ser estupro por omissão. O exemplo é o seguinte: o sujeito está lá no manicômio judiciário, cuidando do pátio, alguma coisa assim. E vem uma pessoa que é doente mental, tem relação sexual com ele e aí Zaffaroni completa dizendo assim: “e ele nada faz”. Como é “ele nada faz”?! Entender que isso é estupro por omissão? Sabe, como é “ele nada faz”, para entender que é estupro por omissão?

Então, há algumas coisas que eu não concordo com Zaffaroni, mas 90% dele é muito bom.

1.8 – O Senhor vislumbra, no Brasil, alguma tendência da doutrina penalista em se inclinar pela defesa da tese de Zaffaroni, a ponto de tornar a teoria majoritariamente aceita?

Rogério Greco – Olha, eu não digo a tipicidade conglobante como um todo, mas o conceito de tipicidade material, sim – que está embutido na teoria da tipicidade conglobante. Então, as pessoas têm que entender que o juiz só absolve ou condena dentro da teoria do crime. Ele não absolve “porque o cara é bonzinho”, ou “porque eu, juiz, sou bonzinho”. Eu (juiz) absolvo ou condeno dentro da teoria do crime. Se todos aqueles elementos estiverem presentes, o sujeito está condenado. Se algum deles falhar, ele está absolvido. Então, quando estudamos os princípios penais fundamentais, eles terão aplicação – aqueles que disserem respeito à absolvição ou condenação – dentro da teoria do crime.

Então, por exemplo, o princípio da insignificância. Durante muito tempo, até alguns juízes e alguns promotores que se inclinavam pela adoção desse princípio absolviavam com base na insignificância, mas não sabiam nem o que estavam fazendo. Ah, é caso de “crime de bagatela”. Até a expressão “crime de bagatela” é errada, porque isso não é crime! Mas, aí, “caiu a ficha” de que é preciso absolver, mas aonde, dentro da teoria do crime? Ah, eu vou absolver porque a conduta é adequada socialmente. Aonde, eu vou absolver? Por ausência de tipo, por ausência de ilicitude, por ausência de culpabilidade? É assim.

Então, já há um tempo o Supremo (Supremo Tribunal Federal – STF) vinha aceitando a tese da tipicidade material. Há uns 3 anos, mais ou menos, porque até então não se falava nisso. Aí, pouco tempo depois, acho que um julgado só falou em tipicidade conglobante. E não falou mais.

Quer dizer, eu acho que a tipicidade material já está aceita. Porque as pessoas têm que aplicar o princípio da insignificância em algum lugar, tecnicamente falando. Então o lugar que se achou mais apropriado é na tipicidade material.

Agora, a conglobante em si, para você poder puxar para dentro do tipo outras situações fora do princípio da insignificância, fora da tipicidade material, eu acho que ainda está muito recente.

1.9 – Quando o Senhor fala em reticência, quer dizer no sentido de que está expresso no art. 23 do CPB que são excludentes de ilicitude? Será que seria essa a justificativa mais corrente para tornar difícil essa mudança no pensamento doutrinário?

Rogério Greco – Eu acho que sim. Porque sabemos que é muito difícil mudar aquilo que já está consolidado. No mundo inteiro, basicamente, não se usa a teoria da tipicidade conglobante. Então, se você olhar a literatura alemã, espanhola, nem se toca nisso. Pouquíssimos são os autores que mencionam isso, de se “enxugar” as causas de exclusão da ilicitude.

Então, assim, não é um movimento do direito penal. É um pensamento muito particular do Zaffaroni, que eu particularmente acho correto. Tecnicamente, é o mais correto, mas... por exemplo, quando surgiu a teoria da adequação social. No começo, Welzel (Hans Welzel) entendia que afastava o tipo. Depois, ele entendeu que afastava a ilicitude. Depois, ele voltou para o tipo novamente. Então, quer dizer, nem os próprios criadores, às vezes, se entendem no raciocínio. Mas, na minha opinião, não tem dúvida nenhuma que é o melhor.

1.10 – Agora, concursos públicos nos cobram acerca dessa teoria, graças à sua obra. O Senhor sabe disso, não é?

Rogério Greco – O que eu vejo nisso é que foi uma bênção de Deus. Você sabe a história desse livro? Eu fiz esse livro para os meus alunos aqui. Não era isso tudo, não. Eram só as minhas aulas. E, uma vez, o Basílio (Des. Marcus Basílio) – você conhece o Desembargador Basílio? Ministra aulas em cursos preparatórios, também, na Escola da Magistratura do RJ (EMERJ)...

É um professor espetacular de teoria da pena! O único problema dele é ser um tricolor doente... (*risos*). Então, o Basílio veio aqui em MG e meu livro – esse “livrinho mais fininho”, que foi o começo deles todos – estava exposto na livraria do aeroporto da Pampulha. E ele viu

meu nome, Rogério Greco, e achou que eu fosse filho do Leonardo Greco (doutrinador e professor titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ). E falou “vou comprar esse livro”. E comprou, gostou e começou a indicar na EMERJ. E aí o livro estourou. Foi assim que começou... você vê como é a “mão de Deus” no negócio?

1.11 – Agora, procuraremos expor basicamente a idéia do trabalho, neste questionamento ao Senhor. O trabalho pretende aferir acerca da possibilidade de utilização prática da teoria, no cotidiano policial. No seguinte sentido: em sendo certo que a maioria da doutrina processualista brasileira defende que à autoridade policial incumbe apurar a existência de justa causa para a ação penal - aí se incluindo a averiguação da tipicidade da conduta -, daí se pode concluir que, admitida a teoria da tipicidade conglobante como majoritariamente aceita e reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a autoridade policial, justificado na adoção da teoria, teria autonomia suficiente para deixar de instaurar o inquérito policial (ou requerer pelo arquivamento do IPL porventura instaurado), em reconhecendo as hipóteses de estrito cumprimento do dever legal ou de exercício regular de direito (quando comprovado que o ordenamento jurídico fomenta a prática da conduta).

Assim, ambas as hipóteses, que hoje são tratadas pela doutrina como só cabíveis ao crivo do Judiciário (por serem reconhecidas como causas de justificação) - a quem incumbiria exclusivamente a decisão de absolver ou rejeitar a denúncia ou queixa pelas causas do art. 23, do CPB -, passariam a integrar a atribuição da autoridade policial, já que a ela já se reconhece hoje a atribuição da averiguação da tipicidade das condutas.

Qual a sua opinião a esse respeito?

Rogério Greco – Estou de pleno acordo. Eu penso que, se logo no começo, assim que o delegado supostamente recebe a notícia de um fato, ele só vai instaurar – não sei se no RJ ainda tem a tal da VPI (Verificação Preliminar de Inquérito).

1.14 – No caso especificamente dos dois institutos hoje vistos como causas de justificação, até acreditamos que deva haver um mínimo aprofundamento probatório de que aquilo realmente aconteceu, ainda que fosse em sede de VPI...

Rogério Greco – Não, mas, por exemplo, se o sujeito chega lá pra você e ficou comprovado que ele subtraiu um isqueiro. Foi um isqueiro que ele subtraiu. A prova que você terá é essa. Não terá outra, está entendendo? Não vou levar para frente. Não vou instaurar o

inquérito policial.

Agora, eu tenho que ter, talvez – aí não sei como funciona isso administrativamente numa delegacia -, um livro de registros. Porque hoje, como eu lhe falei...

1.15 – Um livro onde constasse: instaurou o R.O. (Registro de Ocorrência); arquivou o R.O.?

Rogério Greco – É, isso. Eu me lembro que... não sei se quando eu trabalhei no RJ – tem seis anos que estou aqui na Procuradoria – mas, na época, todos os boletins de ocorrência eram enviados ao Ministério Público, para que se fizesse o controle externo da atividade policial. Registrava o boletim de ocorrência e mandava. E aí, salvo engano, tínhamos um livro dessas ocorrências. Então você, em tese teria de ler – mas não havia tempo para ler aquilo tudo -, para se fazer o controle externo da atividade policial. Era um meio de poder saber se o delegado instaurou ou não inquérito, porque você nunca vai saber. A não ser que seja um fato de muita relevância, uma situação esporádica dessas. Senão, você nunca vai saber.

Então, se quisesse levar da melhor maneira, talvez fosse necessário um livro de registro, alguma coisa assim. E à medida que, citando a ocorrência policial e dizendo “não foi instaurado inquérito policial por ausência de tipicidade”. Ponto. Senão, vai sempre ficar na informalidade.

1.16 – Zaffaroni até cita o exemplo do oficial de justiça, que é um exemplo bem factível para a nossa esfera policial. Então, por exemplo, aconteceu aquela situação referida no livro e a pessoa que teve seu objeto legalmente penhorado resolve ir à delegacia registrar uma ocorrência. Então, o delegado recebe aquela informação e faz o quê com ela, a princípio? Ele sabe que o oficial de justiça agiu no estrito cumprimento do dever legal. Hoje, pelo que o ordenamento atual entende, o delegado teria que registrar o fato, reduzir a termo, instaurar o apuratório e, só “lá na frente” o juiz...

Rogério Greco – Pois é. Se você fizer isso, aí vai de encontro a toda a sua tese, já que o que você defende que não se instaure...

1.17 – Exato, já que moveria toda a máquina pública, violando o princípio da economia processual, tudo isso. Ao passo que o delegado poderia dizer ali mesmo: “trata-se comprovadamente de hipótese de atipicidade conglobante”, e ponto. Fica por aqui. Arquive-se. Que se remeta a ocorrência ao MP, mas não mais que isso. Então é

essa viabilidade que o grupo vislumbra possível.

Rogério Greco – Isso. De acordo. Eu acho que poderia ter, então, na delegacia – não sei se já tem – um livro de controle de ocorrências, de repente no próprio verso da ocorrência policial o delegado já daria um despacho “tendo em vista que não existe infração penal por ausência de... deixo de instaurar o inquérito policial”. Não vai arquivar nada, porque não é caso de arquivamento. Deixo de instaurar. Porque, se ele for submetido ao controle externo da atividade policial, estaria justificado. Ele tem como provar a sustentação dele. Não foi “à galega”, não houve prevaricação, nada disso. Ele simplesmente emitiu a opinião dele embasado numa teoria, ou seja, com fundamento.

1,18 – Mas outros, trabalhando numa outra vertente, começam a vislumbrar eventuais entraves jurídicos a essa linha de pensamento. E pensam: isso não seria violação ao princípio do juiz natural ou ao próprio princípio da segurança jurídica, no sentido de que não se pode suprimir da apreciação do juiz todo e qualquer direito. Dizendo que ao delegado não incumbe emitir esse juízo de valor...

Rogério Greco – Não, sabe por quê? Isso é coisa de confiança. Essa desconfiança também existe no MP. Só para você entender, no júri. Instaura-se um inquérito policial. “A” atirou em “B” nitidamente (*frisou*) em legítima defesa. Vê-se que todas as provas do inquérito policial levam à conclusão que o sujeito agiu em legítima defesa. A maioria entende que o MP não pode pedir o arquivamento.

Doutrinariamente falando, a maioria entende que não pode, porque o juízo natural ali é o júri. Mas por que falam que o juízo natural é o júri? Falam isso pela desconfiança na autoridade policial. Afirmando que a prova foi inquisitorial, porque não havia contraditório, não havia isso, não havia aquilo outro. Que o delegado pode ter forjado. Você está entendendo que a questão toda é a da desconfiança?

Então, assim, mas não é razoável o promotor oferecer denúncia nesse caso porque o promotor vai oferecer denúncia com base em fatos, certo? Ele vai ter que narrar os fatos com precisão. Se for uma pessoa honesta, vai ter que narrar os fatos com perfeição. E não, como no popular, “puxando a brasa para sua sardinha”.

Se “A” atirou em “B” numa situação de legítima defesa, ele vai ter que dizer que fulano de tal, em tal lugar às tantas horas, agindo em legítima defesa da sua pessoa, tendo sido

injustamente agredido por fulano de tal, sacou de seu revólver calibre 32, deu o tiro... essa é a narração do fato. Se ele for um profissional honesto. Se não for, ele vai omitir toda a situação da legítima defesa. E aí, ele está sendo desonesto.

Aí as pessoas dizem “não pode, porque o júri é o juiz natural”. Ora, como assim o júri é o juiz natural, se o juiz singular pode absolver sumariamente? Não chega nem no júri! Então, que argumento “furado” é esse? A meu ver, é por pura desconfiança, mesmo. Pura desconfiança.

1.19 – E talvez essa desconfiança gere essa sustentação formal de “segurança jurídica”...

Rogério Greco – Então! Aí, sabe o que acontece? Vai que esse “negócio” vá para frente, que o juiz leve isso a júri. E às vezes cai na mão de promotor que é mau caráter – e tem – tem gente que faz júri achando que aquilo ali é ganhar ou vencer!

Uma vez, eu estava conversando com um colega de MP que tinha feito um júri aqui – estávamos até num café de associação – e o colega falou assim: “Poxa, tirei leite de pedra! Condenei um sujeito sem nenhuma prova no processo!” Olha só! Eu falei, rapaz, é porque não era seu irmão que estava sentado lá, não é? Não era sua mãe, não era seu pai, não é? Então, aí, pra tirar leite de pedra é fácil, não é?

Então, uma coisa no direito penal, amigo, é que a gente só quer o direito penal na casa dos outros. Na sua casa... quando cai dentro da sua casa, aí meu amigo, “a casa cai”! Então já desespera, já isso, já aquilo outro...

Porque o direito penal, o processo penal contra o cidadão de bem, isso é terrível! Imagina você, policial, e de repente você está denunciado por abuso de autoridade?

1.20 – Não precisa nem ir muito longe, não. O próprio procedimento administrativo disciplinar já é uma turbulência...

Rogério Greco – Não é verdade?! Imagina... eu não fiz nada! Que abuso é esse?! Ah, vamos apurar. Espera aí! Não tem nada a ver. Eu nem estava lá. Como é que meu nome está envolvido nisso? Sabe... desestrutura. Não se pode brincar com o processo penal, não.

1.21 – O Senhor concorda que a adoção da teoria, sob o aspecto profissional

abordado, traria maior economia processual à máquina pública, gerando a redução de procedimentos, uma vez que o Judiciário não precisaria dizer, “lá na frente”, o que a autoridade policial pode reconhecer, ainda em sede de procedimento inquisitivo?

Rogério Greco – Claro, claro. Com certeza. E mais também, não só isso, não. Além da teoria da tipicidade conglobante, eu acho que o próprio delegado de polícia poderia fazer aquele juízo da prescrição pela pena em perspectiva. Você está ligado nessa discussão?

Chamamos de prescrição pela pena em perspectiva ou a pena ideal. Ou uma pena virtual, vamos dizer assim. É a pena que provavelmente seria aplicada àquele sujeito se ele viesse a ser condenado.

1.22 – Como se fosse uma opinião da autoridade policial...

Rogério Greco – É... só que, assim, é uma coisa que não vai ter “errada”. Então, imagina que o sujeito praticou supostamente uma lesão corporal de natureza leve. Pena máxima de um ano (art. 129, *caput*, do CPB). Só que um ano prescreve em quatro. E inferior a um ano, prescreve em dois (art. 109, V e VI, do CPB).

Só que, o que o delegado faz? Ele analisa, quando recebe aquele fato, e percebe que aquele fato aconteceu há mais de dois anos. Não há quatro, mas há mais de dois anos. Mas, pelos fatos que são trazidos a ele, ali, aquele sujeito jamais (*frisou*) será condenado à pena máxima. E aí, o que ele faria? Ele já liquidaria a fatura.

Eu defendi essa tese e quase “tomei na cabeça” aqui na corregedoria, pra você ter uma idéia. Eu defendi isso em 1990, num congresso que ocorreu aqui, no MP. Rapaz, mas a corregedoria quis me “comer vivo”! Não, que é um absurdo e tal...

Porque, na minha opinião, o problema não é de reconhecimento antecipado da prescrição. Mas é de faltar uma das condições da ação, que é o interesse e a utilidade da medida. Você tem que trabalhar com as condições da ação: legitimidade, interesse, possibilidade jurídica do pedido. O interesse é subdividido em interesse-necessidade e interesse-utilidade. Se a medida não é útil, pra quê eu vou deflagrar a máquina inteira (*frisou*), para no final já saber que vai prescrever?!

Então, essa é uma outra situação também que o delegado, já antevendo isso... porque o inquérito demora. Principalmente agora, violência doméstica. As pessoas falam, ah, não vai

prescrever, não. Pode acontecer, sim. Agora, violência doméstica é inquérito policial, não é juizado especial criminal. Então, vai ter inquérito, que se pressupõe mais demorado. E vai ficar lá na pilha, mesmo. Tem um monte de coisas mais importantes. E vai empurrando... sabemos que é assim que funciona. Pode ser que prescreva.

Então, talvez, fugindo um pouco do foco, seria uma outra coisa que o delegado poderia fazer.

1.23 - O ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, tem se reportado à nomenclatura trazida por Zaffaroni, ao reconhecer a atipicidade material por força do princípio da insignificância. O Senhor sabe se o Ministro coaduna com esse entendimento? Conhece outros artigos de Sua Excelência, neste sentido?

Rogério Greco – Faz um ano e meio, mais ou menos, eu fiz um curso lá no STJ para os assessores dos ministros do STJ e do setor de pesquisa de jurisprudência. E estava lá a assessora do ministro Felix Fischer. Então, nós discutimos sobre esses casos todos, de tipicidade conglobante, algumas posições que eu particularmente achava que o STJ estava decidindo assim, um tanto *contra legem*. Então, não sei se isso influenciou. Agora, contato pessoal com ele, eu nunca tive.

1.24 – Agradecendo desde logo sua disponibilidade, ressaltamos a honra deste contato pessoal com o Senhor. Será uma marca eterna a exposição desta entrevista. Muito agradecido.

Rogério Greco – Eu que agradeço. É um prazer.

APÊNDICE B

2 Entrevista com o professor Nilo Batista

Realizada em 25 set. 2008, no escritório do professor, cidade do Rio de Janeiro, RJ.

O jurista Nilo Batista é advogado e professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes. É também presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

2.1 - A excelência de sua obra *Direito Penal Brasileiro*, realizada em conjunto com o professor Eugenio Zaffaroni referindo-se à parte histórica do Direito Penal, permite-nos inferir os laços de proximidade que certamente os senhores têm, um com o outro. Sendo certo que o trabalho aborda a teoria da tipicidade conglobante, trazida pelo professor Zaffaroni, o senhor saberia afirmar a origem do estudo dele neste sentido, e a partir de quando passou a desenvolvê-lo?

Nilo Batista - A partir dos anos 70, salvo engano meu, a partir de 1977, na teoria do delito, que ele trabalha... Não como é hoje, mas, eu gosto de dizer o seguinte: continua em transformação e... Eu estou fazendo agora o primeiro tomo da teoria do delito, que pega a tipicidade conglobante. E o Raúl (Eugenio Raúl Zaffaroni) esteve aqui outro dia, nós estávamos jantando e ele falou uma novidade que ele estava pensando e eu já vi que vou ter que retrabalhar, e ele também, a edição do livro. Isso é uma coisa de 10 dias atrás, mas refere-se a “tipo de erro”, que é diferente de “erro de tipo”.

A idéia de um tipo forte, de um tipo que não seja só aquele modelito descritivo-objetivo, ou “Beliniano” (Ernest Beling), já começa ali no final dos anos 20 com Herbert von Weber. A idéia de tipo complexo já está ali, o tipo que seja também, que tenha também carga subjetiva, porque os elementos subjetivos do injusto começam na tipicidade, mas vêm logo para o tipo quando se formou o tipo complexo. Me refiro à intenção sobre os elementos subjetivos do tipo, a intenção, do dolo específico.

Quando os “caras” começam a descobrir esses elementos, começam a descobrir que a antijuridicidade não era tão objetiva. Parte daquele “esquemão” que foi Ihering (Rudolph von Ihering), não é? Uma coisa é o injusto, outra coisa é a culpabilidade. Todo o objetivo pra cá, todo o subjetivo pra lá. Isso é que é uma formulação que vai significar na dogmática do século

20 européia, uma repartição muito... Todo o subjetivo na culpabilidade, e tal... Só que isso começa quando começam a descobrir que existiam os elementos subjetivos do injusto, que são colocados na antijuridicidade, mas que em breve virão para o (estudo do) tipo.

Welzel, quando está trabalhando a adequação social, ele começa a trabalhar como antijuridicidade e depois ele joga pro tipo. Então, tem um certo “tropismo”. Num olhar assim, digamos, amplo, você vai perceber um certo “tropismo” assim que certo... nem me refiro à questão do dolo que vai pro tipo, ou seja, para o tipo complexo que Welzel vai desenvolver, mas que antes dele, pelo menos 6 anos antes dele, Hebert Von Weber já tinha feito em 1929 a idéia de tipo complexo.

Então, este material começa a vir. Não estou falando só isso. Mas, também, começa... Welzel trabalha a adequação social, que era uma solução dele para entender por que, por exemplo, quando a mãe fura a orelha da filha para colocar um brinco, uma autoridade policial presente não tem o dever de prendê-la em flagrante, no batizado da menina, porque aquilo... A idéia de tipicidade conglobante vai se alimentar disso. O tipo não pode ser apenas aquele que exerce aquela função sistemática onde você procura ver se houve uma conduta, se houve um resultado, se os elementos formais do tipo estão todos presentes (sujeito, certos modos de execução e tal) e a relação da causalidade entre a ação exteriorizada e a alteração e o resultado. Não é só isso. Tem um monte de outras coisas que começam a ser atraídas...

E às vezes não é só subjetivo, por exemplo, o cumprimento de um dever legal. Você dizer que o policial que realiza uma prisão está cometendo uma ação típica de constrangimento ilegal, mas justificada pelo estrito cumprimento do dever legal, é uma “forção” de barra, porque você está tirando aquela conduta ali, no plano geral do ordenamento jurídico, sem verificar se ela tem antinormatividade. Todo tipo tem uma norma que você deduz dele. O tipo legal está ali: “matar alguém”; pena: reclusão de 6 a 20 anos. Tem uma norma que você deduz, “não matar”. É proibido matar. Porque se o tipo for omissivo próprio, a norma vai ser perceptiva. No art. 135 (CPB), você deduz uma norma dali: você deve prestar socorro, quando possível fazer sem risco pessoal, a uma criança abandonada ou extraviada. É uma norma de você deduz dali. Tem que ver se tem antinormatividade, antes.

O exercício de um direito também é uma coisa para ser resolvida no âmbito da tipicidade. Eu estou hospedado no Hotel Gloria. Saí e deixei minhas malas lá, porque eu vou fazer uma reunião no Centro e vou voltar para acertar minha conta. Me “limpam”. Me levam

tudo, quando estou pegando um táxi. Eu vou à 9ª DP, registro, volto para o hotel e digo: “Olha, eu não vou poder lhe pagar porque me roubaram tudo, e tal. Me dá minhas bagagens, mas hoje mesmo a secretária estará depositando, e tal”. O rapaz vai dizer: “Não vou lhe devolver suas bagagens”. O Código Civil diz que ele é credor pignoratício. Ele é, independentemente de uma convenção, não houve um contrato de penhor, mas ele é credor pignoratício porque o Código Civil diz que os hospedeiros são credores pignoratícios pelas bagagens etc., até o valor das despesas. Então, como é que eu vou admitir que essa retenção, essa detenção, que está lá na apropriação indébita está... ele está detendo aquilo como possuidor, né? Como é que eu vou dizer que isso é típico, mas que não é antijurídico, quando na verdade não está havendo apropriação, está havendo uma detenção autorizada? Legítima. Estou cumprindo, eu estou realizando, exercendo um direito. Como é que eu vou reconhecer a tipicidade nisso?

Num país com pena de morte: o cara soltou o cutelo, bateu. Eu vou dizer, há uma ação típica de matar? O cara fez concurso pra carrasco, foi aprovado, nomeado. O dever dele é soltar o cutelo. E aí eu vou dizer que aquilo é típico para depois jogar no ordenamento e justificar pelo cumprimento do dever legal? Não. É atípico.

Mas, não é só isso a teoria da tipicidade conglobante, ela demanda muitos outros conteúdos. Muita coisa que se resolve como justificação, fora desta teoria, ela incorpora. A questão do consentimento, da aquiescência. Essa coisa é o seguinte. O que caracteriza o bem jurídico é a disponibilidade. O Direito só não transige com disponibilidade da vida, e por isso... porque está expresso, em primeiro lugar no art. 122 (CPB), está expresso que a participação em suicídio... a norma que você deduz do art. 122 deixa claro que você não pode participar no suicídio do outros, ajudando ou instigando, e tal. Isso está lá. Significa que tem aí uma... Até porque, quando o sujeito perde a vida, ele perdeu a disponibilidade sobre todos os bens dele. Também o aniquilamento do Estado tem uma... Mas, se você tira isso, o que caracteriza o bem jurídico é a relação de disponibilidade. É a relação de disponibilidade.

Então, o bem jurídico que já está, e esta é uma velha questão que há um século e meio se discute na Europa também, no Direito Penal europeu, a questão do sujeito que é executado por um particular, antes da execução, pois seria executado daqui a dez minutos, ele achava que era uma contravenção tal qual a usurpação de função pública, mas que não era homicídio porque o bem já estava, e isso pode acontecer... Imagine que vem um furacão ali. E nós todos já estamos na estrada fugindo, e tal. Passam uns garotos aqui do “Movimento da Santa

Amara” ali, estão passando por aqui, jogam pedra aqui, quebram esta vidraça toda. Daqui a uma hora não tem uma vidraça na cidade inteira (furacão). Eu já não tinha a disponibilidade sobre este bem jurídico. Ele já tinha ido “pro brejo”. Punir aquilo (jogar pedras na vidraça) em nome de que? Qual vai ser a racionalidade? Vai ser quebrado daqui a meia hora por causa do furacão, mas os moleques passaram antes e...

2.2 - Só antecipou aquilo que era inevitável. Não havia como defendê-lo...

Nilo Batista - Então, a teoria da tipicidade conglobante é isso. Ela trabalha basicamente com dois eixos. Primeiro, a imputação do resultado. Você tem que verificar se aquele resultado efetivamente, porque a causalidade não basta. A causalidade às vezes deixa uns vazios. Tem umas situações. E (em segundo) a antinormatividade. Você tem que verificar se tem um conflito. Você não tem um conflito quando... quando eu autorizo... porque hoje, dêem uma olhada no Código Civil (CC), art. 15. O fundamento da licitude das lesões cirúrgicas é o consentimento. Por causa desta novidade aqui. “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (*leu o artigo do CC*). Isto aqui mexeu nesta disciplina. Mas, ao mesmo tempo tem: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (art. 13 do CC). Aparece aqui dando restrição ao consentimento. Mas, a base da licitude das lesões é o consentimento.

2.3 - Tatuagens, piercings?

Nilo Batista - Não. A lesão cirúrgica.

2.4 - A estética?

Nilo Batista - Não. A estética tem outro fundamento. A estética tem que ir para o consentimento. É que, nesta (cirúrgica curativa), quando não tem o consentimento você pode trabalhar com o estado de necessidade. Eu encontro, por exemplo, o sujeito desacordado, sangrando. Eu faço um garrote. Ele está com um sangramento importante aqui que eu suponho que um vaso qualquer foi pego, e tal. Eu o garroteei aqui e, digamos, se tiver um amigo que é médico, eu o chamo, ele entra. Mas está desacordado? Aí entra o estado de necessidade. Mas, se eu estou acordado, o fundamento é o consentimento.

O grande fundamento, que está mesmo atrás disso, é que são ações fomentadas pelo direito. A Lei do Orçamento. Olha o que a Constituição (da República) fala da saúde, como também de esportes. Então, se vamos disputar uma bola e, vamos pensar na estrita observância das regras do jogo. E vamos lá no “pé-de-ferro” e um quebra. Isso aí (esporte) é fomentado. O esporte é visto como um dever do Estado. Como a saúde, também. Como é que você, numa lesão cirúrgica, veria uma lesão corporal típica, para depois dizer que está justificada?

2.5 - O senhor defende a linha de pensamento dos minimalistas que se posicionam pela intervenção mínima estatal?

Nilo Batista - Olha, eu nunca... Eu sou um Brizolista... Eu acho, ao contrário, que o Estado tem que ter uma presença muito forte em tudo.

2.6 - Então, é o contrário do minimalismo?

Nilo Batista - Eu acho que o Estado tem que ter uma presença forte e hoje até o Bush (George W. Bush) está vendo isso. Lá, o trilhão que a sabedoria do mercado fez. A arrogância do mercado que não precisa de Estado, que resolve tudo... Podemos não estar sabendo hoje, mas o neo-liberalismo acabou há 15 dias atrás, quando o mercado financeiro precisou... O mercado não resolve nada. O mercado é um grande problema que tem que ser resolvido pelo Estado e regulado pelo Estado. Então, digamos, aquela arrogância que durou ¼ de século infeliz, por exemplo...

Agora, é claro que a pena. Como a pena é o pior dos modelos de tratamento de conflitos porque... Em primeiro lugar, desde logo, ele nem é um modelo de solução de composição, porque como a vítima está de fora, ele é um modelo de decisão, que não decide nada, não é? Porque você impor um novo sofrimento. Tá bom... você acredita em Deus? Perfeitamente. Eu acredito também, mas nem todos são obrigados a acreditar. Então, na pena, acredita quem quiser. Você tem, no mundo todo... Pensando precisamente na pena privativa de liberdade, que foi a grande pena do capitalismo industrial. Reincidência penitenciária no mundo todo é elevadíssima. Quando está muito boa, fica em torno de 60%. Aqui é quase 80%. Isso é um fracasso que tem desde que a prisão foi inventada, no século XVIII. A prisão começa antes, mas somente no século XVIII é que ela se estabelece. Isso é uma constante. Então, por que insistir?

2.7 - O senhor acha que Estado não deve entrar com tanta incidência?

Nilo Batista - Eu sou totalmente contra a judicialização da vida cotidiana. Essa coisa de qualquer discussão em uma reunião de condomínio, que tem vários métodos sociais de composição do conflito, se colocar um juiz para resolver algo que algum amigo em comum poderia resolver. Eu acho que essa judicialização do cotidiano, que os sociólogos - que conhecem tão pouco o sistema penal - apreciam tanto, como o Werneck (Luiz Jorge Werneck Vianna) etc..

Judicialização é um sinal do Estado Policial, dessa coisa de você querer tomar conta de tudo, de criminalizar tudo, de se olhar tudo pela perspectiva criminal. “Pô, pera aí”! Você não discute a questão, você esconde a política sob a questão criminal. Isso é uma doença.

2.8 - O senhor acha que isso se deve a que? À própria sociedade? À mídia? Ao Estado capital?

Nilo Batista - Não... Isso se deve, muito claramente... Toda transformação econômica supõe uma transformação das práticas punitivas. O sistema penal muda. Toda vez que você ouvir falar: “Isso é um cárcere medieval”, pode até ser uma alma generosa, mas é um ignorante, porque o cárcere, a pena não existe como prisão na Antiguidade. Existe a prisão para segurar o sujeito, para a execução dele, mas não existe a prisão como pena. Nem na Antiguidade, nem na Idade Média.

Na baixa Idade Média, ali nos últimos séculos, aparece a prisão canônica que é uma outra coisa também. E que era terrível. Mas, também, já começa a surgir uma forma de punição “*empache*” ou também a “*imuratio*”, em que o indivíduo era emparedado e ia morrer ali mesmo sem contato com os outros. Isto, o cárcere canônico também tinha. Mas, depois é que vem a prisão na forma que conhecemos, que é a contrapartida das fábricas. Começa com um mundo feudal que se esboroa pelo avanço do capitalismo mercantil. As rotas terrestres, a colonização. Ele vai ser superado pelo capitalismo feudal. Os “caras” que viviam no mundo feudal, pensem na Inglaterra. O que é trabalhar para alguém no mundo feudal? É lavrar a terra naquele sistema trienal da terra etc... Para esse sujeito, muda tudo.

Vem aquele grande cerceamento das terras, e vai mudar o sistema de exploração da terra que vai ser capitalista. Vai surgir a questão da renda da terra. E, aquele sujeito...

Começam as cidades a concentrar gente, começa a surgir a manufatura. Estamos falando de final do século XVI. Pois é. Na segunda metade do século XVI começam a surgir as leis contra os pobres na Inglaterra. É no século XVI que começam a surgir aquelas forcas de 50 pessoas, e que leva Tomas Moore a escrever “Utopia”. (25:21).

(Nilo recebe da secretária dois livros, e sobre eles prossegue...)

Este livro aqui, que é um livro muito interessante, é um livro que funda praticamente a criminologia crítica. Há, pela primeira vez, a relação de sistemas punitivos e sistema de produção. Tem uma frase dele que deveria estar em todo lugar: “*A pena com tal não existe. Existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas*”. O encarceramento, a prisão, vai ser a pena do capitalismo industrial. E procure lembrar das imagens, a arquitetura, a funcionalidade, o tempo de prisão que é convertido em salário das indústrias. Elas lembram o sistema penal.

2.9 - O trabalho pretende aferir acerca da possibilidade de utilização prática da teoria da tipicidade conglobante no cotidiano policial, no seguinte sentido: em sendo certo que a esmagadora maioria da doutrina processualista brasileira defende que à autoridade policial incumbe apurar a existência de materialidade delitiva para a ação penal, aí se incluindo a averiguação da tipicidade da conduta. Daí se pode concluir que, admitida a teoria tipicidade conglobante como majoritariamente aceita e reconhecida por doutrina e jurisprudência, a autoridade policial, justificada na adoção da teoria, teria autonomia suficiente para deixar de instaurar o inquérito policial, ou manifestar-se subjetivamente no procedimento sob sua presidência pelo arquivamento do IPL porventura instaurado, em reconhecendo as hipóteses de estrito cumprimento do dever legal ou de exercício regular de direitos fomentados pelo Estado...

Nilo Batista - Totalmente. A autoridade policial - não vou dizer que pode - digo que deve fazer isso. Por mais que esta disputa de poder com o Ministério Público, que desde a Constituição de 88 perdeu a identidade. Quando tem interesse difuso, quer ser advogado. Com relação às garantias e aos vencimentos, quer ser igual aos magistrados. E o que quer ser polícia, é impressionante. Só não olham o negócio deles. Só não discutem a ação penal pública, que é o grande nó que os interroga. Você vai olhar um congresso do Ministério Público, a única discussão que não tem é sobre a ação penal pública. Por que até hoje eles não

têm um critério para o furto de pequeno valor? Vamos considerar o seguinte: Nelson Hungria disse que é um salário-mínimo. Então, “pera aí”. Vamos ver de que salário-mínimo estamos falando. Vai encontrar quase R\$ 1.000,00. O pessoal lia o Nelson Hungria, mas trabalhava com o salário “arrochado”. Vamos fazer uma coisa? Menos de R\$ 1.000,00 é furto de pequeno valor. Assim como a Receita (Federal) faz, a Procuradoria faz por R\$ 2.500,00. Vocês já viram eles fazerem isso? É porque isso aí diminui o poder individual de cada um. Isso é que eles tinham que fazer.

2.10 - Concluído a pergunta. Assim, ambas as hipóteses que hoje são tratadas pela doutrina como só cabíveis ao crivo do judiciário, por serem reconhecidas como causa de justificação, a quem incumbiria exclusivamente a decisão de absolver ou de rejeitar a denúncia, pelas causas do art. 23 do CPB, passariam a integrar a atribuição da autoridade policial, já que a ela se reconhece hoje a atribuição da averiguação da tipicidade das condutas. Qual sua opinião?

Nilo Batista - Eu acho que o delegado tem todo o direito de considerar, no caso da maleta que a gente viu aí, como não ter fato típico. Todo o direito. E, se bobear, não instaurar inquérito. Chega ali, você faz uma VPI (verificação de procedência das informações), constata todos aqueles elementos que eu dei aqui, no exemplo do hotel. Você tem, não um direito, mas um dever de arquivar.

2.10 - Na linha de pensamento da questão anterior, em sendo certo que o princípio da insignificância já é hoje reconhecidamente aceito como causa de atipicidade material das condutas, o senhor diria que a autoridade policial também poderia deixar de instaurar o inquérito policial em se comprovando a mínima lesividade ao bem jurídico tutelado?

Nilo Batista - Claro... claro... sem dúvida.

2.11 - É que o critério no caso do exercício regular do direito seria mais objetivo e hoje em dia eles não falam muito isso. Porque hoje em dia esse reconhecimento da atipicidade material pelo princípio da insignificância, eles já tem grandes julgados no STF. Por que isso, já em sede policial, já não se aplica? Será que é a falta de critérios objetivos, tal qual balizar o que seria pequeno valor?

Nilo Batista - Não. Vai depender. Porque, para um promotor, o que é “pequeno

valor”? Não tem uma decisão num congresso. Quantas questões você poderia balizar para todos nós podermos entender que, por exemplo, para o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tais critérios foram aprovados num congresso. Então você tem um argumento objetivo. Você sai dali e leva dizendo: “olha, o congresso do Ministério Público disse que foi isso”. Os juízes fazem enunciados. Você já viu algum enunciado do Ministério Público?

2.12 - Sabe-se que a teoria não encontra respaldo na doutrina majoritária brasileira, a qual se satisfaz com o conceito de tipicidade legal (tipicidade formal + tipicidade material) dentro do conceito analítico de crime. O senhor vislumbra, no Brasil, alguma tendência da doutrina penalista em se inclinar pela tese de Zaffaroni, a ponto de tornar a teoria majoritariamente aceita?

Nilo Batista – Olha, ela vai crescendo. Ela vai, aos poucos, crescendo. Eu acho que a tendência é que ela tenha, como o Raúl (Zaffaroni) é um penalista muito influente no continente todo, e essa é uma... Um pouco aqui porque nossa colonização mental que é o problema. Se tivesse sido um europeu, já estávamos nos 5 ou 6 livros. Não foi escrito em alemão, e sim em espanhol.

2.13 - Então, pode-se dizer que há um viés preconceituoso?

Nilo Batista - Não. É a colonização. Hungria (Nelson Hungria) tinha uma fazendinha que... É que a Europa... Solta fogo aqui, sai uma fumacinha... Ele queria significar essa nossa subordinação... Provém da colonização, como se aquilo que é daqui não tem tanta importância. É uma teoria importante, é superfundamentada, faz o maior sentido que você investigue. Se há um conflito, porque formalmente você tem. Então, eu aconselho a quem não vai adotar a teoria da tipicidade conglobante, me arranjar uma solução melhor para não dizer que é típica a conduta do barbeiro que me corta o cabelo. Vai ter que dizer que é típica, mas que está justificada pelo consentimento. Botando o consentimento como justificção, que é o que faz a teoria convencional.

2.14 - Dever-se-ia, então, colocar o consentimento antes mesmo da tipicidade, porque você tipificar, dizer que há a conduta, mas depois não, não há conduta porque eu autorizei antes. Então, quer dizer, fica até uma inversão ilógica, concorda?

Nilo Batista - Mas você pode dizer que o barbeiro está ofendendo minha saúde? Você está falando alguma besteira? Não está. Não está. Você tem que dizer que é típica a conduta

de lesões corporais, porém...

2.15 - Não podemos olvidar que à autoridade policial incumbe fazer uma análise objetiva do fato tendo como finalidade observar se este mesmo fato adequa-se ao modelo descrito na norma penal. O senhor considera que, no caso de a autoridade policial aplicar a teoria da tipicidade conglobante e deixar de lavrar um flagrante, estaria, esta autoridade, usurpando o juízo de valor (análise subjetiva) que no modelo atual é atributo exclusivo ínsito nas atribuições do Ministério Público (denúncia) e da Magistratura (recebimento da denúncia)?

Nilo Batista - Eu acho que em algum momento nós teremos que redesenhar... O Ministério Público, pós-88, recebeu tantos poderes que ele está ali procurando alguma coisa. E isso foi feito muito às custas, com um pouco da instituição policial... Eu não tenho nenhuma dúvida que o delegado de polícia é... Tampouco pratica prevaricação se ele disser, segundo sua convicção, que não tem tipicidade e aplica a teoria... Isso é um avanço teórico na compreensão do delito, nosso. Latino-americano. Vamos cuidar bem disso.

A quantos erros nos importamos e corrigimos depois? Quantos erros? E ela é historicamente correta, porque ela obedece a esse tropismo. Tem que deixar assim: uma ação típica não pode ser apenas uma ação sistematicamente típica, formalmente típica. Não pode ser. Aí você a “joga” no quadro geral do ordenamento jurídico. Não. Você tem que ver antes se esta norma tem antinormatividade. Você tem que ver se tem algum conflito. Não tem algum conflito quando... Pra mim, a insignificância, quando eu trabalho a insignificância...

Quando começa tudo no século XIII, quando está começando o capitalismo, ainda seminal, mercantil, começa na Europa um lento processo de centralização do poder. O mundo feudal é um mundo disperso. Ele não é estruturado unitariamente. Tanto que é o momento que você não nenhuma possibilidade de distinguir entre direito privado e público, porque os dois eixos estão juntos. O senhor manda porque tem, e o senhor tem porque manda. É a história do ovo e da galinha. Para a construção dos estados nacionais foi necessário um represamento de poder, para centralizar. O que levou séculos.

O capítulo mais importante foi o represamento de poder punitivo. É o que vai dar as maiores brigas, porque, o que você tem na Europa neste momento? Você tem o direito comum

e o direito canônico. Era comum porque ele estava em toda parte. Mas tinha o direito local. Você tinha um direito novo que havia surgido que era o *ius mercatoris*, e você ainda tinha o direito real, o rei, em disputa. O princípio da legalidade que é conquistado pela classe ascendente, que era a burguesia, representa uma... Para os negócios, é péssimo.

Mas, no início do século XVIII, você tem a discussão na Alemanha se ela precisa de um código ou não, tal qual o de Napoleão (França). Savigny (Friedrich Carl von Savigny) achava que não, que tinha que continuar com o direito romano. Isso é a primeira metade do século XIX. Nós estamos em uma ocasião em que os livros de Direito eram escritos em latim.

Bom, esse represamento, que eu chamo de acumulação primitiva de poder punitivo é feito um pouco à custa da vítima, que de repente aparece o procurador do Rei. E a vítima que ia ali participar... Não... Não foi contigo... Esse é o início do conflito. Não foi com a vítima, foi com a lei. Foi com o rei. Isso é que foi chamado de conflito do confisco. O *pater* vai perdendo, aos poucos, seus poderes. Não aqui entre nós, porque aqui ainda tínhamos o escravismo. O *pater* aqui vai ter seus poderes até o século XIX. E como cultura ele vai sobreviver. Na primeira república, a república agro-exportadora dos coronéis continua tendo o poder punitivo privado. Aqui foi diferente o poder. Foi poder punitivo doméstico. Mas, a construção da pena pública é um processo longo que é feito através de um processo de represamento do poder. Esse poder punitivo.

2.16 - Uma vez que a tipicidade conglobante limita a atuação do Estado já no primeiro contado na delegacia, pelo menos previamente, poder-se-ia defender a teoria de que não há ofensa aos preceitos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, uma vez que esta proteção não se volta ao indivíduo, pelo contrário, pois evita constrangimentos desnecessários ao mesmo e, outrossim, estar-se-ia evitando gastos desnecessários com a movimentação da máquina estatal ao se impulsionar um processo fadado ao arquivamento, em respeito à inteligência dos princípios da eficiência e da economia processual?

Nilo Batista - Claro. Claro... Porque é isso. É melhor para o Estado de Direito do que permitir que isso para uma coisa...

2.17 - O senhor vê a violação dos princípios constitucionais do juízo natural e da segurança jurídica com a adoção deste raciocínio teórico?

Nilo Batista - Pelo contrário. Dá mais segurança jurídica. O poder punitivo se amplia. Ele preenche qualquer espaço. A luta que se dá é que o Estado de Direito quer contê-lo, e o Estado de Polícia, que lateja dentro de todo Estado de Direito, quer ampliá-lo. A maneira de, digamos, o saber jurídico estar empenhado na contenção do poder punitivo é o Direito Penal.

O Direito Penal é um saber jurídico que procura conter todo poder punitivo que seja ilegal, incondicional ou irracional. Essa é a tarefa do Direito Penal. E essa devia ser a tarefa do juiz. O juiz que aplica a teoria do Direito Penal. O poder punitivo quer ocupar todo o espaço, porque o Estado de Polícia cresce até onde deixam. E nós estamos vendo aqui (no Rio de Janeiro) que o Estado de Direito é desafiado abertamente. Então, eu acho que isso aí... algum dia isso vai ser reestruturado.

O Ministério Público ficou com muito poder. Quer saber uma coisa que o Ministério vai perder. O duplo grau de jurisdição. Isso é uma garantia do indivíduo contra o Estado. Se eu sou condenado por um juiz, eu tenho a garantia do duplo grau de jurisdição. Eu quero que outro grupo de juízes reveja essa condenação. Isso é um direito individual. Agora, se eu fui absolvido, se tiver uma nulidade no processo, aí o Ministério Público deveria poder. Mas, do mérito? Não poderia haver recurso. Isso daria uma equilibrada com o poder dos juízes.

Ao mesmo tempo também, quando o promotor pedisse a absolvição, o juiz não poderia condenar. Se o autor da ação penal não quer, que raio de juiz é esse que vai condenar sem pedido? É um juiz inquisidor. Em algum momento, quando for feita uma reforma. Fora essa coisa de imprensa. Quando sentarem para organizar, senão daqui a pouco nós somos um Estado Policial... Quando isso for feito seriamente, vai ter um monte de... E a polícia, na sua função ali, vai ser fortalecida também na relação com o Ministério Público.

2.18 – Temos procurado contato com o eminente Ministro Felix Fischer, do STJ, o qual se tem referido à nomenclatura de Zaffaroni, em seus julgados. O Senhor conhece alguma outra autoridade judiciária que tenha posicionamento similar?

Nilo Batista - Há um desembargador em São Paulo que tem um livro sobre a insignificância, que é o Vico Mañas (Carlos Vico Mañas), acho que da RT (editora Revista dos Tribunais)...

APÊNDICE C

3 Entrevista com o professor Geraldo Prado

Realizada em 14 out. 2008, na Faculdade Nacional de Direito, cidade do Rio de Janeiro, RJ.

O professor Geraldo Prado é Juiz de Direito e professor Adjunto da disciplina Direito Processual Penal na Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3.1 Qual sua opinião a respeito do entendimento sustentado por Zaffaroni em sua teoria da tipicidade penal conglobante? O senhor defende a linha de pensamento pela intervenção mínima do direito penal?

Geraldo Prado – Desde o início eu quero deixar claro que não sou um abolicionista como Nilo Batista, Salo de Carvalho e outros. Entendo que no contexto atual da sociedade é inevitável que haja algum tipo de controle social na linha punitiva, porque a sociedade está arranjada de tal maneira que se o Estado não se ocupa desta tarefa, nos passamos a ter esta tarefa entregue as mãos dos grupos mais fortes, dos grupos mais poderosos com enorme possibilidade de extravasamento da violência e do império da força pela força. Meu ponto de vista coaduna com entendimento de Luigi Ferrajoli, que embora busque deslegitimar a pena criminal, ainda encontra para ela justificativa de: entre a pena criminal e as milícias, entre a pena criminal e os grupos de extermínio é melhor a pena criminal. Agora, esta mesma lógica nos aproxima do pensamento de Zaffaroni, porque contextualizando o que queremos é a mínima intervenção no cotidiano, a intervenção penal só quando não há outro mecanismo de controlar as ações que violentam os interesses vitais dos indivíduos, portanto se disponho de métodos de intervenção na realidade que dispensam o emprego da força punitiva, pois a pena é um castigo, é um mal, não tem muito sentido em se pensar em um Estado condutor do mal. Se tenho a noção do caráter perverso da pena criminal eu só posso reservá-la para situações absolutamente excepcionais.

A tipicidade penal conglobante procura ser rigorosa nas exigências daquilo que caracteriza como conduta penalmente relevante, justamente para garantir que a intervenção penal não se faça no espaço vazio como na teoria Funcionalista do Direito Penal do Inimigo em que a punição se dá pelos critérios inócuos do agente e não pela conduta que ele realizou. É uma caminhada muito longa que ainda está no começo. Os nossos juízes estão mais

próximos da tese de Jackbs do que de Zaffaroni, quando aplicam o direito penal, mais especificamente, nas sentenças, onde evidencia-se um lastro punitivo do autor.

3.2 O trabalho pretende aferir acerca da possibilidade de utilização prática da teoria, no cotidiano policial. No seguinte sentido: se à Autoridade Policial incumbe apurar a existência de justa causa para a ação penal – incluindo averiguação da tipicidade da conduta - poderia a Autoridade Policial deixar de Instaurar o inquérito policial quando reconhecesse a insignificância da lesão ao bem jurídico (atipicidade material) e em casos onde reconhecesse as hipóteses de estrito cumprimento de dever legal ou de exercício regular de direitos fomentados pelo Estado? Qual sua opinião?

Geraldo Prado – A minha preocupação é sou do entendimento que a instauração do inquérito não depende da existência concreta do ato. O inquérito serve para investigar se um comportamento típico foi praticado. O ideal é que o inquérito seja instaurado mesmo quando haja evidente caso de atipicidade material, porque há necessidade de controle. Entre a instauração do inquérito e a propositura da ação penal há uma distancia. Se a potencialidade lesiva é pequena naquele comportamento a tendência natural é o arquivamento, mas teremos pelo menos três órgãos atuando: a polícia, o Ministério Público e o Judiciário.

Com isso prevenimos condutas irregulares e garantimos um mínimo de controle a toda atividade estatal. O sistema penal por conduzir interesses vitais deve estar submetido ao crivo dos mecanismos de controle que são próprios do republicanismo. Princípio Republicano.

3.3 O senhor vislumbra, no Brasil, alguma tendência da doutrina penalista em se inclinar pela defesa da tese de Zaffaroni, a ponto de torná-la amplamente aceita?

Geraldo Prado – Nos vamos encontrar esta teoria no Nilo Batista, no Juarez Tavares e em outros, vamos encontrar em alguma medida em Paulo Queiroz também. Há um setor da doutrina penal brasileira que é muito mais conservador e que não é muito sofisticado do ponto de vista dogmático, pois não trabalham os conceitos com a profundidade que o Direito Penal exige para aquilo que se propõe. Essa dogmática menos sofisticada por associar a tese de Zaffaroni muito mais a filosofia do que ao direito tende a rejeitá-la. A academia é dividida, mas é evidente a qualidade e sofisticação da teoria de Zaffaroni. Na jurisprudência temos pouca utilização.

3.4 O senhor considera que, em a autoridade policial deixando de lavrar um flagrante ou instaurar um inquérito aplicando a teoria de Zaffaroni estaria usurpando o juízo de valor do órgão ministerial ou mesmo do órgão jurisdicional?

Geraldo Prado – Não é que esteja usurpando o juízo de valor e sim por estar impedindo o devido controle. É perigosa, em uma sociedade democrática, a atuação de alguma autoridade sem o necessário controle. Até por isso sou contra a investigação por parte do Ministério Público. Tenho fortes restrições a isso.

3.5 O senhor vislumbra violação ao princípio do Juiz Natural ou ao princípio da Segurança Jurídica?

Geraldo Prado – Não, a questão é afeta ao princípio Republicano, porque todo poder para ser exercido deve ser controlado.

3.6 A limitação da atuação repressora estatal logo em sede policial não evitaria constrangimentos desnecessários evitando também a movimentação da máquina estatal em um processo fadado ao arquivamento?

Geraldo Prado – Sim, evita constrangimento desnecessário. Vislumbro a possibilidade de utilização nos casos afetos aos Termos Circunstanciados pela própria lógica das infrações de menor potencial ofensivo.