

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PABLO DOMINGUES FERREIRA DE CASTRO

JUSTA CAUSA MATERIAL NO DIREITO PENAL:
NECESSÁRIO FILTRO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO TEORIA
LEGITIMADORA NUM PROCESSO ACUSATÓRIO DEMOCRÁTICO

BRASÍLIA – DF
2022

PABLO DOMINGUES FERREIRA DE CASTRO

JUSTA CAUSA MATERIAL NO DIREITO PENAL
NECESSÁRIO FILTRO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO TEORIA
LEGITIMADORA NUM PROCESSO ACUSATÓRIO DEMOCRÁTICO.

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. André Callegari e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA – DF
2022

PABLO DOMINGUES FERREIRA DE CASTRO

**JUSTA CAUSA MATERIAL NO DIREITO PENAL:
NECESSÁRIO FILTRO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO TEORIA
LEGITIMADORA NUM PROCESSO ACUSATÓRIO DEMOCRÁTICO.**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. André Callegari e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

15 de dezembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Callegari
Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Nefi Cordeiro

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Membro Externo

Prof. Dr. Francis Rafael Beck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um conjunto de esforços de ordem pessoal e coletiva. agradeço aos colegas do IDP pela caminhada durante este período, dos primeiros encontros e das vagas conversas nos corredores, ao estreitamento de laços pessoais e profissionais. vocês foram imprescindíveis. à minha amada esposa, paciente, carinhosa e contributiva. sem seu afeto e dedicação, a vida e tudo aquilo que ela traz de dificuldade, seria um trilhar tormentoso. ao seu lado, é um passeio. ao meu estimado orientador, pela disponibilidade, generosidade e por ser, sobretudo, uma referência acadêmica.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo estabelecer novos filtros de responsabilidade, tal qual se ocuparam a teoria causalista da ação, finalista da ação, imputação objetiva, dentre outras, com fins de aprimoramento dos critérios de responsabilização criminal, como forma de aproximar o direito penal ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. Objetiva-se, pois, por meio de definição e aplicação, no direito material penal, do conceito de justa causa, transplantado a partir da sua acepção no direito processual penal, uma contenção da alta carga acusatória da qual se ocupam os órgãos de acusação, estabelecendo-se mais um critério objetivo a ser adotado na teoria do delito.

Palavras-chave: Teoria da Delito, Justa Causa, Expansionismo, Responsabilidade Criminal.

ABSTRACT

The objective of this work is to establish new filters of responsibility, as the causal theory of action, finalist of action, objective attribution, among others, with the aim of improving the criteria for criminal accountability, as a way of bringing criminal law closer to the Constitutional and Democratic State of Law. The aim is, therefore, through the definition and application, in material criminal law, of the concept of just cause, transplanted from its meaning in criminal procedural law, to contain the high accusatory burden with which the prosecution bodies deal, establishing one more objective criterion to be adopted in the theory of crime.

Keywords: Theory of Crime, Just Cause, Expansionism, Criminal Responsibility

SUMÁRIO

<u>Seção</u>	<u>Pág.</u>
INTRODUÇÃO	10
1. CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL	13
1.1 Condições da ação pela visão civilista	14
1.2 Legitimidade	16
1.3 Interesse de agir	18
1.4 Possibilidade jurídica do pedido	21
1.5 Condições da ação segundo as categorias do próprio processo penal	23
1.6 Prática de um fato aparentemente criminoso	25
1.7 Punibilidade concreta	26
1.8 Legitimidade de parte	27
1.9 Justa causa	27
2. JUSTA CAUSA PROCESSUAL PENAL	29
2.1 Histórico: o elastecimento até o atual conceito	29
2.2 Natureza jurídica da justa causa	31
2.3 Definição de justa causa	32
2.3.1 Controle Processual do caráter fragmentário da intervenção penal	35
2.4 Justa causa processual como instrumento de garantias	37
2.4.1 <i>Reconhecimento processual da figura da inépcia. Insuficiência da exposição de fatos criminosos imputados a um denunciado. Garantia para que não haja denúncia sem critérios</i>	37
2.4.2 <i>Da Justa Causa para a Persecução Penal. Necessário Filtro garantista para que se evitem denúncias arbitrárias</i>	42
3. A RELEVÂNCIA DAS TEORIAS DO DELITO PARA ANÁLISE DA JUSTA CAUSA	44
3.1 Teorias Clássicas	44
3.1.1 <i>Teoria da Adequação Social</i>	44
3.1.2 <i>Princípio da confiança</i>	45
3.1.3 <i>Aplicabilidade do princípio da insignificância.</i>	46

3.2	Teorias Modernas	48
3.2.1	<i>A Teoria dos Papeis Sociais de Jakobs.</i>	48
3.2.2	<i>Do Tipo Objetivo sistemático e conglobante – a Teoria de Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	51
3.2.3	<i>Um contraponto: A Teoria de Schumann – A solidariedade com o injusto alheio. É possível isentar de responsabilidade criminal a ação neutra?</i>	53
3.2.4	<i>Dos critérios de Imputação Objetiva de Claus Roxin</i>	54
4.	JUSTA CAUSA PENAL MATERIAL. LEGÍTIMO E NECESSÁRIO	
	FILTRO PARA CARACTERIZAÇÃO DO INJUSTO PENAL	59
4.1	O hiato legislativo no Processo Penal	61
4.2	Definição de justa causa penal e sua importância	63
4.3	Justa causa penal e a Teoria do Delito	67
4.3.1	<i>Fato Típico</i>	74
4.3.2	<i>Ilicitude</i>	76
4.3.3	<i>Culpabilidade</i>	77
4.4	Hipóteses exemplificativas	78
4.4.1	<i>Destipificantes</i>	79
4.4.2	<i>Erro de tipo</i>	79
4.4.3	<i>Princípio da Insignificância e a Tipicidade Material</i>	80
4.4.4	<i>Adequação social</i>	82
4.4.5	<i>Ausência de risco ou não criação</i>	82
4.5	Justificantes	83
4.5.1	<i>Estado de Necessidade</i>	83
4.5.2	<i>Legítima Defesa</i>	85
4.5.3	<i>Exercício Regular de um Direito</i>	86
4.5.4	<i>Estrito Cumprimento do Dever Legal</i>	87
4.5.5	<i>Consentimento do Titular do Bem Jurídico</i>	88
	4.5.5.1 Falsificação de assinatura em documento público com autorização - Ausência de danosidade social.	88
4.6	Exculpantes	89
4.6.1	<i>Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado</i>	89

4.6.2	<i>Embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior.</i>	90
4.6.3	<i>Incapacidade de culpabilidade pela menor idade</i>	90
4.6.4	<i>Erro de proibição</i>	91
4.6.5	<i>Coação moral irresistível</i>	92
4.6.6	<i>Obediência hierárquica</i>	92
4.6.7	<i>Extintivas ou excludentes de punibilidade</i>	93
5.	AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA MATERIAL: DAS EXCLUDENTES MANIFESTAMENTE DEMONSTRÁVEIS ATÉ A DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE OS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A TEORIA TRIPARTITE DO DELITO	94
5.1	O Supremo Tribunal Federal como guardião de garantias materiais e processuais penais	99
5.2	Decisões do Superior Tribunal de Justiça que revelam uma abertura dogmática para implementação do conceito de Justa Causa Penal Material	103
	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

A dogmática penal, entendida como o complexo de normas jurídico-penais e que buscam trazer os elementos necessários à composição das mais variadas teorias do delito, ocupou-se (e ainda se ocupa) de estabelecer filtros de responsabilização criminal, tal como ocorreu com a teoria causalista da ação, finalista da ação, imputação objetiva, dentre outras.

O que se percebe, atualmente, é que mesmo com um perceptível avanço da dogmática penal, com o intuito de aperfeiçoar os critérios de imputação criminal, com métodos mais seguros, divorciando-se de ultrapassados conceitos que prestigiavam a causalidade, o Estado, através do seu poder punitivo e sancionador, vem alterando o curso doutrinário e passou a adotar um modelo de recrudescimento da tutela penal, seja no processo de concepção da norma incriminadora, seja por meio das aplicações das leis penais, cada dia mais com interpretações distantes de um modelo democrático de direito penal.

No campo da formação da norma, verifica-se um notório expansionismo do direito penal, ocupando-se de áreas que não lhe eram originariamente próprias, a exemplo das diversas criminalizações de condutas antes contempladas em outros ramos do direito (economia, relações de consumo, empresarial, trabalhista etc).

No seio das decisões judiciais, o direito penal passou, ainda, a se valer de tipos penais abertos, com alta carga de elementos normativos, permitindo ao julgador um amplo espaço para julgamentos que, muitas vezes, vulneram princípios fundamentais básicos, tal como o devido processo legal substancial e tipicidade cerrada. Não há, mais, segurança jurídica.

A relevância deste trabalho será, então, investigar se, e em qual medida, é possível aprimorar os critérios que formam os filtros penais para a responsabilização criminal, como forma de aproximar o direito penal ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, com vias de se conter a alta carga acusatória da qual se ocupam os órgãos de acusação, estabelecendo-se mais um critério objetivo a ser adotado na teoria do delito.

Destarte, o que se tem como **pergunta de pesquisa** deste trabalho é: É possível implementar, para caracterização de um tipo penal material, o conceito e definição de justa causa, concebida no processo penal, como mais um requisito a ser atendido para configuração de um crime?

Objetivos: geral e específicos

Partindo-se do questionamento que balizará este trabalho, se buscará compreender as bases que se formaram a teoria finalista da ação de Hans Welzel, sobretudo com a análise da conduta humana, a partir da verificação do dolo e culpa já como elementar do tipo penal.

Outrossim, também terá vez a análise das teorias funcionalistas da ação, desde Günther Jakobs e a ideia do Direito Penal como prevenção geral, bem como a imputação objetiva, fomentada por Claus Roxin, principalmente no tocante à ideia de criação ou incremento de risco proibido para o objeto da conduta.

Em especial, igualmente se aprimorará os estudos no tocante à teoria do bem jurídico, questionando se, ainda na atualidade, esta teoria é capaz de justificar a tutela penal, legitimando o poder de punir do Estado.

No particular, se abordará se, com os atuais contornos de criminalização de inúmeras condutas antes desfocadas do direito penal, ainda remanesce bem jurídico a ser protegido. A teoria do bem jurídico ainda é capaz de legitimar a intervenção penal?

Feitas estas ponderações e avançadas as pesquisas, se buscará verificar a possibilidade de implementar na teoria do delito, com um viés legitimador, a justa causa como elementar para caracterização do tipo penal. Conceito este, concebido na doutrina processual penal, que poderá ser adequado e adaptado no direito material como mais um filtro de responsabilização criminal, frente à um Estado cada vez mais policialesco, recrudescido e que, mais do que nunca, necessita de critérios seguros de imputação penal.

Hipótese e Justificativa

Consoante já salientado, a inquietação que move este trabalho é a crescente postura policialesca do Estado, com medidas cada vez mais recrudescidas em matéria penal, seja no campo da formação da norma, seja através da aplicação da lei, seja pelo, algumas vezes, uso desmedido do poder de acusar do Ministério Público.

É consabido que quando se constata na sociedade uma violação à norma penal, surge uma pretensão punitiva em favor do Estado, mas, em razão de adotar-se um modelo de sistema acusatório, há diversas garantias para, após sua observância, chegar-se, for o caso, à aplicação de uma sanção penal (GOMES, 2002, p. 81).

Nesse exercício de direito de agir estatal, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal e o Código Penal tratam de impor uma série de preceitos e garantias, inclusive de ordem

constitucional, que precisam ser respeitadas, mediante o preenchimento de uma série de condições e pressupostos, sendo o Estado-Juiz o órgão legítimo para exercer o controle desse exercício regular do direito de agir, que se concretiza na ação penal.

Como requisitos elementares para a formação do processo penal, tem-se as condições da ação e a justa causa, que funcionam como autênticas barreiras ao exercício de direito de ação pelo Ministério Público nas ações penais públicas que estejam em desconformidade com a Constituição Federativa da República.

Esses pilares de sustentação para deflagração de um processo penal justo, necessário e democrático exigem a suspeita fundada e razoável da prática de um fato criminoso, caso contrário tem-se uma denúncia carente de justa causa ou de interesse legítimo em acusar. Este é o viés processual.

As condições da ação, no processo penal, condicionam o conhecimento e o julgamento da pretensão veiculada pela demanda à existência de determinados requisitos, cujo desatendimento não impede o direito à jurisdição, ou ao processo, portanto, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material apresentada, ou, em outras palavras, o mérito (PACELLI, 2015, p. 105).

É em decorrência do custo que o processo representa, não só para o Estado, mas principalmente para o acusado que tem sua liberdade e moral vilipendiadas, e, considerando o fato de não haver possibilidade de, a qualquer momento, o processo ser extinto sem julgamento do mérito, a análise das condições da ação como requisitos imprescindíveis para o nascimento do processo e obtenção da tutela pedida é fundamental (LOPES JR., 2018, p. 146).

As condições da ação representam, portanto, uma clara função de filtro processual. Como visto, a proposta neste trabalho é sugerir a utilização do conceito *latu senso* de justa causa, no direito material penal, notadamente no âmago da teoria do delito, para, desde logo, verificar-se a legalidade da intervenção estatal, analisando se, de fato, há justa causa para tornar um fato, uma conduta, interessante ao direito penal, a legitimar uma investigação e posterior processo penal.

O termo justa causa existe em diversos ramos do direito e possui, em cada esfera, uma denotação diferente.

De logo, é preciso que se diga que a denominação justa causa não é estranha ao direito penal, mas é utilizada em sentido diverso do que se propõe esse trabalho.

A mencionada intitulação é vista no direito material em, pelo menos, 05 ocasiões, nos artigos 153, 154, 244, 246 e 248 do Código Penal.

Em todos os casos, tem-se uma conduta que precisa de uma valoração da expressão “sem justa causa”.

Apenas à título meramente ilustrativo, a justa causa mencionada no artigo 154 do Código Penal diz respeito a situações que “sem apresentarem os requisitos genéricos de exclusão de ilicitude se possam, entretanto, reputar humanamente aceitáveis”. Consiste, de acordo com a doutrina, no consentimento do ofendido, no dever jurídico de revelar um segredo, no estado de necessidade, no exercício regular de um direito, na defesa de um interesse legítimo em face do dono do segredo, e no interesse científico (MOURA, 2001, p. 115).

Moura (2001, p. 114) explica que, em sentido amplo, a doutrina entende que o sentido de justa causa na intitulação acima trazida reflete a “toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica”.

Em outras palavras, é uma justificativa conforme o direito que torna a conduta aceitável, legítima. Ou seja, um elemento que, quando existente, torna o fato atípico.

A proposta de justa causa nesse trabalho diferencia-se da definição usualmente utilizada no direito material, assemelhando-se à denotação utilizada no campo processual.

Pretende-se, ainda, inspirando-se no conceito de justa causa utilizado no processo penal, criar uma definição aplicável de justa causa penal material. Não se objetiva realizar uma mera transposição do conceito de justa causa processual para o direito penal material, mas sim, construir a noção de conceito singular, aplicável no direito material, antes do processo, quando da subsunção do fato à norma.

A importância de se desenvolver este conceito é, além de trazer critérios mais seguros para tipificação de condutas como crime, reduzindo-se o lastro inseguro de adequação amplo do fato à norma penal, diminuir a intervenção penal para casos em que sua aplicação seja realmente imprescindível, com palatável ofensa a um bem jurídico materialmente protegido.

1. CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO PENAL

As condições da ação, no processo penal, condicionam o conhecimento e o julgamento da pretensão veiculada pela demanda à existência de determinados requisitos, cujo desatendimento não impede o direito à jurisdição, ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material apresentada, ou, em outras palavras, o mérito (PACELLI, 2015, p. 105).

É em decorrência do custo que o processo representa, não só para o Estado, mas principalmente para o Acusado que tem sua liberdade e moral vilipendiadas, e, considerando o fato de não haver possibilidade de, a qualquer momento, o processo ser extinto sem julgamento do mérito, a análise das condições da ação como requisitos imprescindíveis para o nascimento do processo e obtenção da tutela pedida é fundamental (LOPES JR., 2018, p. 146).

As condições da ação representam, portanto, uma clara função de filtro processual.

Segundo o pensamento majoritário na doutrina, as condições da ação não integram o mérito da causa, mas são condições para que exista uma manifestação sobre ele. No entanto, registre-se que, ainda que seja clara a separação teórica entre a esfera regida pelo direito material e a situação processual, por óbvio que, no plano ontológico do processo, há uma interação (LOPES JR, 2018, p. 147).

As condições da ação, no processo penal, são verificadas a partir da análise das causas de rejeição da acusação, previstas no art. 395 e 397 do Código de Processo Penal, o que se faz mediante uma cognição superficial de elementos narrados na petição inicial e que, posteriormente, constituirão o mérito do processo (BADARÓ, 2009, p.159).

1.1 Condições da ação pela visão civilista

A Constituição Federal de 1988, garante, no art. 5º, XXXV, o direito de petição. Ocorre, porém, que essa garantia, por si só, levaria a inescrutáveis abusos, a perda de tempo, e a sobrecarga de serviços aos órgãos da administração pública (SILVEIRA, 2016, p. 12).

No intuito de evitar excessos, o legislador impôs limites à obtenção da tutela jurisdicional pelo exercício do direito de ação, para quem lograsse preencher determinados requisitos: as condições da ação.

Nos dizeres de Enrico Tullio Liebman, as condições da ação são “requisitos de existência da ação, devendo, por isso, ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito”, e cuja falta prejudica a análise do mérito (SILVEIRA, 2016, p. 113).

A doutrina processual civil, calcada em Enrico Tullio Liebman, aponta três condições para o exercício da ação, sendo estas a possibilidade jurídica do pedido¹, a legitimação para ação e o interesse de agir (MOURA, 2001, p. 179).

A doutrina também divide as condições da ação em genéricas, sendo estas a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido; e em específicas, tratando, a título exemplificativo, da representação do ofendido na ação penal pública condicionada. Em determinadas ocasiões, a depender do bem jurídico tutelado, a lei exige, além das condições tidas como genéricas, o cumprimento de requisitos legais, as chamadas condições específicas.

No processo civil, as condições da ação são vistas como “requisitos de índole eminentemente processual”, cujo cumprimento deve estar constatado, para que seja oportunizada a apreciação e julgamento da demanda, caso contrário incorre a carência da ação, traduzida na inexistência do direito de ação² (SILVEIRA, 2016, p. 13).

Já no campo processual penal, aproximadamente até a metade do século XX, os autores desconheciam estas noções, sendo um assunto pouco discutido. Os primeiros doutrinadores a tratarem das condições da ação para a área criminal apareceram justamente influenciados por Enrico Tullio Liebman, porém, ao invés de criarem conceitos específicos para o campo do direito processual penal, transplantaram, diretamente do direito processual civil, os conceitos de condição da ação, fundamentando na base conceitual da lide sob o prisma civilista (SILVEIRA, 2016, p. 12).

O problema da utilização das condições da ação provenientes do processo civil no direito processual penal é que, na tentativa de adequar-se as definições ao processo penal, tem-se, nos dizeres da doutrina de vanguarda, uma ginástica de conceitos.

¹ Importante dizer que, apesar de Liebman ter a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, quando lançada a Terceira edição de sua obra “*Manuela di diritto processuale civile*, o doutrinador passa não incluir a admissibilidade do provimento jurisdicional como condição (SILVEIRA, 2016, p. 117).

² Este, ao menos, é o entendimento adotado por Enrico Tullio Liebman, sendo que parte da doutrina, à exemplo de Humberto Theodoro Junior, defende que as condições da ação são requisitos para exercício do direito de ação, sendo que, a ausência dessas não altera o fato de que a ação existe e foi objeto de apreciação pelo magistrado, uma vez que sempre existirá uma decisão para declarar inexistência de condições da ação e, justamente por essa razão, o direito de ação já foi atendido pelo julgado que declarar a carência da ação. Em suma, não se pode confundir exercício com obtenção da tutela jurisdicional (SIQUEIRA, 2016, p. 114).

Apesar do direito processual penal ser um ramo especializado da Ciência Jurídica, constantemente sofre da tentativa de aplicar institutos provenientes do direito processual civil. Todavia, olvidam-se os adeptos desta corrente de pensamento que “há noções, institutos e categorias que só fazem sentido quando inseridos em um desses dois ramos, motivo pelo qual não podem ser acriticamente transpostos do processo civil para o processo penal” (MORENO, 2016, p. 9)

A tentativa de utilizar conceitos do direito processual civil no processo penal é a materialização da comparação realizada por Carnelutti do segundo ramo do direito com a Gata Borracheira, que sempre era travestida com as roupas velhas de suas irmãs:

Era uma vez três irmãs que tinham em comum, ao menos, um dos genitores: eram chamadas ciência do direito penal, ciência do processo penal e ciência do processo civil. Ora, aconteceu que a segunda, em comparação com as demais, que eram muito belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira, aconteceu de dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela tomou para si o bom e o melhor (...) Cenerentola, assim, se contentava com as roupas abandonadas de suas irmãs mais afortunadas (*apud* SILVEIRA, 2016, p. 27)

O resultado da extensão dos limites semânticos é uma desnaturação da matriz conceitual das condições da ação, sem trazer uma resposta efetiva ao processo penal.

Passar-se à uma análise das condições da ação pela visão civilista, para demonstrar a impropriedade e atecnia de utilizar-se o entendimento no direito processual civil para o penal.

Corroborar com o mesmo entendimento Maria Thereza de Assis Moura (2001, p.215), ao sustentar que é inútil o jurista ignorar as gritantes diferenças entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal as condições da ação provenientes da esfera cível.

1.2 Legitimidade

Excepcionando-se a revisão criminal e o *habeas corpus*, o direito processual penal impõe, como regra de exigência, que somente determinadas pessoas podem promover a ação penal (PACELLI, 2015, p. 108).

A legitimidade diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação e a existência de pretensão subjetivamente razoável (MOURA, 2001, p. 189).

Haverá legitimidade das partes quando o autor for o titular do direito subjetivo material pleiteado, e pedir a tutela em face do titular da obrigação relativa àquele direito (BADARÓ, 2009, p. 137).

É entendida como a pertinência subjetiva do direito agir, ou seja, as pessoas são legitimadas pela lei para pleitearem em juízo aquilo que lhes é devido, sendo, para o processo penal, a sociedade, representada pelo Ministério Público (RANGEL, 2015, p. 285)

Silveira (2016, p. 121), por sua vez, traz a definição de *legitimatio ad causam* como o reconhecimento, pela ordem jurídica, que de as partes são as pessoas que possuem a titularidade para propor e para contestar a providência da demanda.

A parte legítima para compor o polo ativo é a figura do Estado, por ser o titular do “*ius puniendi*” e a quem cabe exigir que o suposto autor do fato se submeta à sanção prevista na lei.

Todavia, em caráter extraordinário, o legislador outorga o exercício ao direito de ação, que lhe pertence, ao ofendido, sendo esta a razão de ser do art. 100 do Código Penal, que condiciona à ação penal como pública, salvo quando a lei expressamente a declara de modo diverso, autorizando, com isso, que o ofendido pleiteie em nome próprio interesse alheio, pertencente ao Estado (MOURA, 2001, p. 190).

Na esfera penal, a pretensão acusatória é exercida pelo Ministério Público, em sua função institucional, e a pretensão libertária, a que o réu tem direito, estão justapostas e não oferecem lide³, pois é dito que o Ministério Público não luta contra o acusado, mas sim pelo restabelecimento da ordem jurídica violada e exerce o direito à tutela jurisdicional, personificada na ação penal (RANGEL, 2015, p. 285).

A legitimidade passiva, por sua vez, diz respeito ao autor do fato, sobre quem a ação penal é imposta, significando que somente pode figurar como acusado aquele em face de quem o pedido será feito (MOURA, 2001, p. 192).

³ Apesar de não estar dentro do escopo do trabalho, apenas por honestidade intelectual, convém reconhecer que o conceito lide promove diversas incoerências para o processo penal, uma vez, este não tem a intenção de solver uma pretensão resistida entre as partes. O magistrado não visa remover um desacordo entre acusador e acusado. É em renúncia a este conceito geral civilista, que, na doutrina processual penal italiana, foi construído um conceito de lide penal, em substituição à noção de lide no processo penal. O termo foi então definido como “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado”. Registre-se, ainda, que mesmo este conceito guarda uma grande controvérsia (SILVEIRA, 2016, p. 35).

Assim, os sujeitos tidos como legitimados para a ação são aqueles a quem o ordenamento jurídico permite pleitear a providência resultante da demanda e a pessoa que será alvo do direito invocado perante o juízo, caso o pedido de condenação seja acolhido (MOURA, 2001, p. 189).

Esse é o único conceito que pode ser aproveitado no processo penal, pois versa sobre a exigência de uma vinculação subjetiva pertinente para o exercício da ação processual (LOPES JR., 2018, p.148)

No entanto, registre-se que há corrente doutrinária diversa. Badaró (2009, p. 138) sustenta que no processo civil a legitimação para a ação é extraída da situação de direito material, uma vez, em regra o titular do direito material terá legitimidade para buscar em juízo a tutela do direito.

Defende o autor que a legitimidade ordinária nasce da titularidade da relação material, sendo a pertinência subjetiva da ação uma consequência do direito material e que essa construção não é oponível ao processo penal, pois:

O Ministério Público não é o titular do direito de punir, que pertence ao Estado. Ao Ministério Público foi conferido, apenas, a titularidade ou legitimidade para a propositura da ação penal. Tal poder, porém, decorre simplesmente da lei, independentemente da titularidade do direito material debatido em juízo, no caso, o direito de punir (BADARÓ, 2009, p. 138).

Assim, o Ministério Público somente seria considerado legitimado ordinário no sentido de ser o titular da pretensão processual posta em juízo.

No direito processual penal, a doutrina assume que o problema da legitimidade ad causam é essencial, uma vez que, caso exista um vício a consequência é a rejeição da peça preambular da ação penal e a nulidade absoluta (MOURA, 2001, p. 190).

Como a ilegitimidade de parte já implica na nulidade absoluta do processo, a inserção do requisito como condição da ação se faz descartável na concepção de alguns doutrinadores (MOURA, 2001, p. 217).

1.3 Interesse de agir

Moura, citando Enrico Tullio Liebman, explica que o interesse de agir é:

O interesse do autor de obter o provimento pedido, ou seja, existe quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito

pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar resistência (MOURA, 2001, p. 197)

Enrico Tullio Liebman entende que o interesse de agir representa a relação de utilidade entre a lesão de um direito afirmado e o provimento da tutela jurisdicional pleiteada, sendo que a utilidade é aferida mediante a necessidade do provimento jurisdicional e de sua adequação (BADARÓ, 2009, p. 135).

Inspirando-se na definição de Enrico Tullio Liebman, a doutrina processual penal defende que o interesse de agir relaciona-se à necessidade e adequação, correspondendo à necessidade de intervenção estatal para satisfação do direito pleiteado e a sua inexistência diria respeito à dispensabilidade do processo (MOURA, 2001, p. 196)

Isso quer dizer que, além de ser necessário (interesse-necessidade) o recurso à tutela jurisdicional como único meio para obtenção da satisfação do direito material pretendido, exige-se, ainda, a adequação (interesse-adequação), entre o provimento judicial que se objetiva alcançar e a situação relatada pelo autor (SILVEIRA, 2016, p. 120)

No âmbito do processo penal, desloca-se para o interesse de agir a questão da efetividade do processo, de modo que, enquanto instrumento de jurisdição, deve apresentar, prévia e antecipadamente, um mínimo de viabilidade de satisfação futura. Isto é, sob o viés da efetividade, deve o processo se mostrar, desde a data do ingresso, aptidão para realizar os escopos da jurisdição, revelando-se útil (PACELLI, 2015, p. 106).

A prestação jurisdicional configura-se como necessária quando a satisfação do direito violado só puder ser obtida com a interferência do Poder Judiciário, como nos casos em que a parte contrária se nega a satisfazer espontaneamente o direito pleiteado (BADARÓ, 2009, p. 135).

Além disso, no que tange à adequação, o Estado apenas deve exercer a sua atividade jurisdicional se o pedido for apto a atingir o “escopo de atuação da vontade da lei no caso concreto” (MOURA, 2001, p. 196).

Em síntese, o interesse de agir é a necessidade de pleitear em juízo a prestação jurisdicional que se entende devida.

Já Rangel (2015, p. 286) explica que o interesse de agir relaciona-se ao princípio de que não há pena sem processo.

Nas palavras de MARQUES (1980, p. 73) o interesse de agir representa “a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida”. Conseqüentemente, somente haverá interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida.

Pelo acima evidenciado, verifica-se que, para aplicação do interesse de agir como condição da ação no processo penal, ocorre uma verdadeira desnaturaçãõ da sua matriz conceitual, vez que, no processo civil, representa a utilidade e a necessidade do provimento. A crítica diz que:

Pensamos que se trata de categoria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal. Isso porque o processo penal vem marcado pelo princípio da necessidade, algo que o processo civil não exige, e, portanto, desconhece. Se o interesse, civilisticamente pensado, corresponde à tradicional noção de utilidade e necessidade do provimento, não há nenhuma possibilidade de correspondência no processo penal (LOPES JR., 2018, p. 148).

Há uma corrente doutrinária que defende que o interesse de agir sempre estará implícito em toda e qualquer acusação, uma vez que o Estado não pode impor uma sanção sem que antes ocorra um processo, o que se justifica no princípio de assento constitucional “*nulla poena sine iudicio*” (MOURA, 2001, p.198)

Isso porque o princípio da necessidade impõe que, para se atingir à sanção penal, é necessária uma ação, mesmo porque o direito penal só se concretiza nela. Conseqüentemente, a pena não é um efeito direto do delito, mas sim um efeito proveniente do processo, enquanto processo não é mero efeito do delito, mas sim da necessidade de impor a pena ao delito (LOPES JR., 2018, p. 148)

Badaró (2009, p. 135) segue o mesmo entendimento de que a necessidade da ação penal é pressuposta, pois, como o *ius puniendi* não pode ser aplicado “pela atuação da vontade da lei”, senão através das vias jurisdicionais.

A única ressalva que se faz à desnecessidade do processo penal é nas ações de menor potencial ofensivo, no rito dos Juizados Especiais Criminais, devido à possibilidade de transação penal, nas quais o acusado aceita uma pena restritiva de direito ou uma multa, sem um processo prévio (BADARÓ, p. 136).

Nessa esteira, a necessidade é inerente ao próprio processo penal, sendo desnecessária a discussão acerca do interesse. Em outras palavras, o interesse é intrínseco a quem tiver a

legitimidade para propositura da ação, visto que esta é a única forma de obter a punição esperada ao comportamento desviante (LOPES JR., 2018, p. 149).

Se o processo penal é sempre necessário e esta condição da ação está implícita em toda a acusação, a existência do requisito não contribui ou oferece diferença para o juízo de admissibilidade da ação penal (SILVEIRA, 2016, p. 168).

1.4 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido preconizada por Enrico Tullio Liebman (*apud* MOURA, 2001, p. 181) é definida como a “a admissibilidade em abstrato do provimento pedido segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”.

Em outras palavras, é a possibilidade para o juiz, no exercício de sua jurisdição e competência, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor (SILVEIRA, 2016, p. 116).

É vista como a providência que o autor pede, devendo estar prevista em lei para que a ação seja regularmente exercida (RANGEL, 2015, p. 288).

No campo processual civil, a demanda é juridicamente possível quando não existir, dentro do ordenamento jurídico, vedação ao provimento requerido, em razão de um dos elementos da ação, sendo estes partes, pedido e causa de pedir (BADARÓ, 2009, p. 131).

No processo civil o conceito é entendido com uma formulação negativa, no sentido de que só faltará o requisito quando já existir no ordenamento jurídico a vedação ao exercício do direito que se pleiteia (MOURA, 2001, p. 181).

Todavia, como já era de se esperar, a transposição para o processo penal da referida condição e de seu conceito, tal qual se utilizada na esfera cível, oferece alguns problemas.

Entre as comentadas dificuldades, tem-se o fato de, no processo penal, a possibilidade jurídica ser visualizada em sentido oposto, em sua modalidade positiva, sendo considerado que a providência pleiteada deve ser admissível, em abstrato, no ordenamento jurídico (MOURA, 2001, p. 182).

Essa condição relaciona-se ao princípio da legalidade, instituído no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, na medida em que é necessária a previsão legal do pedido perfeito na peça de acusação (RANGEL, 2015, p. 288).

Daí extrai-se que, tratando-se de ação penal condenatória, a imputação exige uma conduta que, à evidência, corresponda a um tipo legal (MOURA, 2001, p.182).

Ou seja, o pedido será juridicamente possível sempre que a conduta imputada ao acusado seja típica (BADARÓ, 2009, p. 133).

Contrariamente, o pedido é considerado juridicamente impossível quando os fatos alegados na peça acusatória não puderem ser subsumidos a um tipo legal, pois os princípios da legalidade e anterioridade vedam a aplicação de penalidade para condutas que, até o momento de sua prática, não estavam descritas como delituosas em alguma legislação penal (MOURA, 2001, p. 183).

A crítica acerca dessa condição da ação é muito contumaz, ao entender que, novamente, trata-se de uma expansão indevida dos conceitos do processo civil, para, de forma inapropriada, atender à especificidade do processo penal. Veja-se:

Não satisfaz o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento, até porque, no processo penal, não se pede a usucapião do Pão de Açúcar (típico exemplo dos manuais do processo civil). A doutrina que adota essa estrutura civilista costuma dizer que para o pedido (de condenação, obviamente) ser juridicamente possível a conduta deve ser aparentemente criminosa (o que acaba se confundindo com a causa de absolvição sumária do art. 397, III do CPP); não pode estar extinta a punibilidade (nova confusão, agora com o inciso IV, do art. 397) ou ainda haver um mínimo de provas para amparar a imputação (o que, na verdade, é a justa causa) (LOPES JR., 2018, p. 149)

Resta evidente que este conceito, formulado para o processo civil, não é aceitável para o processual penal, uma vez que a imputação apenas é possível em relação ao fato que está positivado na lei como delito. Novamente verifica-se que o conteúdo das condições deve ser diverso para cada ramo do direito processual.

O que se vislumbra é um reiterado erro de ponderação, de se imaginar que podem ser transmitidas e aplicadas ao processo penal categorias que não lhe pertencem, nem foram para si projetadas.

Contudo, é hora de desvelar a diversidade fenomenológica e metodológica das duas irmãs processuais, para dar espaço para um processo penal com categorias próprias, diante da diversidade inerente deste ramo do direito (LOPES JR, 2018, p. 61).

Tanto é assim, que há doutrina, para aplicar essa condição da ação ao processo penal, ousa dizer que a possibilidade jurídica do pedido é formulada de forma negativa. Ou seja, afirma que

não há possibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico nega ao titular do direito de ação o seu exercício, por não ter sido satisfeito determinado requisito ou praticado um ato exigido pela lei (CARVALHO, 2004, p. 09).

1.5 Condições da ação segundo as categorias do próprio processo penal

Há, indiscutivelmente, uma autonomia teórica do direito, nos ramos do conhecimento jurídico, e, ainda, distinções inconciliáveis entre diversas áreas, o que, nas palavras de Marco Aurélio Nunes da Silveira, pode ser resumido como:

A autonomia científica do direito processual penal em relação direito penal já é reconhecida e aceita: Cenerentola, agora, não quer mais as roupas usadas de sua outra irmã, a ciência do processo civil. De fato, é preciso, de uma vez por todas, compreender que a teoria geral do processo é a teoria do direito processual civil, e sua imposição ao conhecimento processual penal só faz ignorar as diferenças e produzir incoerências que têm reflexo imediato na vida das pessoas (2016, p. 122).

No caso dos processos civil e penal, os elementos fundantes das insuperáveis diferenças são o perigo da privação da liberdade e da relação de poder do Estado claramente instituída.

Ademais, enquanto o direito civil possui eficácia imediata, visto que se perfaz diariamente sem necessidade de um processo, o direito penal, por outro lado, necessariamente, para existir e ter eficácia, precisa do processo penal (LOPES JR, 2018, p. 63).

É pelas diferenças entre os dois ramos do direito que o processo penal carece de condições da ação com categorias próprias.

No tocante ao processo penal, as condições da ação são o conteúdo do juízo de admissibilidade da acusação feita, ocasião em que o magistrado irá, em decisão fundamentada, decidir acerca do preenchimento ou não, das mencionadas condições, que representam verdadeiros filtros de proteção ao cidadão, que não pode ser submetido a um processo injusto e desnecessário (SILVEIRA, 2016, p. 14-123)

Da definição das condições da ação já se extrai a importância do instituto, pois é a decisão proferida que irá tornar o cidadão, réu, trazendo, com isso, toda a carga e estigma de ser processado criminalmente, com implicações na vida pessoal e social do indivíduo.

Lopes Jr. (2018, p. 150) defende que as condições da ação para o processo penal devem ser buscadas dentro do próprio processo penal, a partir da análise das causas de rejeição da acusação.

No mesmo sentido estão Fowler, Coutinho e Breda (*apud* SILVEIRA, 2016, p.14), que, rechaçando a proposta de Enrico Tulio Libman, passaram a extrair as condições da ação do próprio Código de Processo Penal, no artigo 43, atualmente revogado, em interpretação sistemática.

Assim, do revogado art. 43 e do atual art. 395 do CPP, sustenta-se que são condições da ação penal a prática de um fato aparentemente criminoso – também chamado de *fumus commiss delict*, a legitimidade de parte, a punibilidade concreta e a justa causa. Convém registrar que a Lei 11.719/2008, ao reformar o procedimento comum ordinário no Código de Processo Penal revogou o artigo 43, e, no artigo 395, passou a prever as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa (BADARÓ, 2009, p. 125).

Comparando os dois dispositivos de lei verifica-se que alguma das hipóteses de absolvição sumária são semelhantes às condições da ação que eram previstas no art. 43, hoje revogado. Hoje, as condições da ação estão inseridas em contexto diverso, de uma decisão de mérito proferida após a citação do acusado e apresentação da resposta à acusação.

A crítica à alteração do modelo é que, com a nova modulação legislativa, surgiu uma incoerência de dimensões teórica e prática, pois, mesmo diante da existência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de natureza criminosa do fato, o texto de lei aparenta impor ao magistrado o recebimento da denúncia, para depois absolver o réu sumariamente (SILVEIRA, 2016, p. 177)

Apesar das elucidadas incoerências teóricas, no que tange às condições da ação, como preceitua o art. 395, II, do Código de Processo Penal, diante da ausência de alguma das condições, deve o juiz liminarmente rejeitar a ação processual penal.

Nos próximos tópicos, será feita uma análise individual das condições da ação extraídas a partir dos artigos 43 e 395 do Código de Processo Penal, mas antes, convém transcrever trecho da obra de Marco Aurélio Nunes da Silveira, na qual o autor apresenta os requisitos que toda ação penal necessita, a fim de preencher as condições da ação:

Deste modo, em síntese muito apertada, a imputação dirigida ao réu deve apresentar um alicerce de 3 dimensões, que concretamente estão imbricadas: a)

fática, correspondente à existência de um fato concreto com relevância jurídica, que pode ou não ser um crime, mas reclama apreciação-jurídico penal; b) jurídica, pela indicação de que tal fato aparentemente corresponde a uma conduta criminosa, isto é a qualificação jurídica do fato/ c) probatória, pela demonstração de que as dimensões anteriores têm suporte em elementos de cognição (“provas”) colhidas durante a fase preliminar. Além disso, importa saber se a parte acusadora tem legitimidade para tanto e se o fato apresentado à jurisdição é concretamente punível (SILVEIRA, 2016, p. 178).

1.6 Prática de um fato aparentemente criminoso

A acusação deve demonstrar a tipicidade aparente na conduta, além da ausência de causas de justificação. Isso quer dizer que o fato típico objeto da imputação tem que ter a aparência de um delito anteriormente previsto na lei penal, devendo, ainda, ser certo e determinado (SILVEIRA, 2016, p. 179).

Trata-se de definição de fácil compreensão, cabendo registrar que a tipicidade penal como condição da ação é entendimento unânime.

Silveira (2016, p. 179) afirma que uma corrente doutrinária entende que a tipicidade e a extinção de punibilidade estão inseridas na condição da ação de possibilidade jurídica do pedido, sendo que outra corrente distinta também entende que a tipicidade é um problema de mérito, não estando sujeita à análise em sede de juízo de admissibilidade da acusação.

Já Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2006 p. 09) entende que a tipicidade aparente é condição para a admissibilidade da acusação, pois, na sua concepção, os fatos narrados por quem acusa devem gozar, de, ao menos, uma aparência de credibilidade, ao ponto de poderem ser considerados típicos.

As definições até então apresentadas acabaram trazendo uma divergência na doutrina, acerca da possibilidade de rejeição da denúncia quando se estiver diante de casos em que a ilicitude e/ou ausência de culpabilidade da conduta estiverem de pronto evidenciadas, desde o momento do juízo de admissibilidade da acusação.

Como bem salientado por Silveira (2016, p. 186), não existe fundamento da legislação processual penal que impeça a rejeição da denúncia para os casos em que a estiverem aparentes as causas de justificação e exculpantes, sendo, inclusive, considerada uma iniquidade submeter pessoas a um processo criminal apenas em respeito ao princípio da obrigatoriedade penal.

Ora, as normas penais e processuais são, antes de tudo, meios de garantias aos acusados, de um devido processo legal. Sendo assim, o texto de lei não pode ser interpretado de modo a prejudicar o sujeito, mas sempre para beneficiá-lo.

É pelo exposto que, havendo elementos probatórios de que o acusado agiu ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude, deve a denúncia ou queixa ser rejeitada de imediato, com base no art. 395, II, do Código de Processo Penal, pela ausência de condição da ação.

Da mesma forma, quanto ao questionamento que paira na doutrina e jurisprudência acerca das situações em que o sujeito age acobertado por uma causa exculpante, se, nessas hipóteses, também é possível que o magistrado rejeite a acusação de imediato, para Lopes Jr. (2017, p.193), é razoável que se adote essa conduta, pois conforme defendido, uma vez demonstrado e convencido o juiz, este está plenamente autorizado a rejeitar a denúncia ou queixa, pois manifesta é a ausência de condição para o prosseguimento da ação.

1.7 Punibilidade concreta

Exigia o revogado art. 43, II, do Código de Processo Penal que não se tivesse operado uma causa extintiva de punibilidade, cujas hipóteses estão elencadas no art. 107 do Código Penal e em leis especiais para admissibilidade da ação penal, sendo que, com a lei 11.719/2008, incluiu-se essa condição da ação no art. 397 do Código de Processo Penal, tornando-a uma causa de absolvição sumária (LOPES JR., 2017, p. 194).

Quando presente qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição decadência e renúncia ao direito de queixa ou da representação, a petição inicial deve ser rejeitada ou o réu absolvido sumariamente, conforme o momento em que seja reconhecida (LOPES JR., 2017, p. 194)

Como a finalidade do processo penal é, estando diante de uma acusação, produzir os efeitos para, ao final, atingir ou não a punição do réu, a existência de uma causa extintiva de punibilidade torna o processo inútil, pois só admitiria o seu acerto negativo, sendo por esta razão que a punibilidade concreta é uma condição para a admissibilidade da acusação. (SILVEIRA, 2016, p. 190).

1.8 Legitimidade de parte

Aqui, a única semelhança entre as condições da ação segundo as categorias do processo penal para as provenientes dos que defendem a teoria geral do processo é a nomenclatura, já que a questão da legitimidade apenas encontra respaldo no processo penal em face da dicotomia existente entre as ações penais públicas e privadas.

Nas ações penais de iniciativa pública o polo ativo é o ocupado pelo Ministério Público, uma vez que o art. 129, I, da Constituição é o Parquet o titular dessa ação penal, enquanto nas ações penais de iniciativa privada, cabe à vítima ou seu representante legal assumir o polo ativo da situação processual, na forma dos artigos 30 e 31 do Código de Processo Penal (LOPES JR., 2017, p. 194).

Esse é o entendimento abalizado por Lopes Jr (2018, p.153), que, pensando a condição da ação com base nas características próprias do processo penal, a legitimidade ativa relaciona-se com a titularidade da ação penal, que é ocupado pelo titular da pretensão acusatória.

Para o Autor, não se fala em uma legitimidade extraordinária por substituição processual nas hipóteses em que o titular da ação é a vítima ou seu representante processual, mas legitimidade por um direito próprio, de pretensão acusatória (LOPES JR., 2018, p. 153)

Enquanto no processo civil a legitimidade da parte é decorrente do seu interesse, no processo penal advém da sistemática legal adotada pelo legislador brasileiro.

Já a legitimidade passiva é decorrência da autoria do delito, de modo que a imputação é dirigida contra quem, em tese, praticou o injusto penal. O réu, pessoa contra a qual é exercida a pretensão acusatória, por óbvio deve ter integrado a relação jurídica material.

A ilegitimidade ou passiva conduz à rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 395, II do Código de Processo Penal.

1.9 Justa causa

Muitos autores acrescentam às condições da ação uma quarta, a justa causa, no entanto, o posicionamento é controvertido.

Silva (*apud* MOURA, 2001, p. 220) defende que a justa causa não é uma condição da ação, mas, na verdade, resulta da aglutinação de duas condições preexistentes: a possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

Moura (2001, p. 221) arrematando, inclusive, a mesma linha de pensamento de José Barcelos de Souza, tem o entendimento de que a justa causa para a ação penal não configura uma condição, mas a falta de qualquer condição implica na ausência de justa causa e traz alguns exemplos:

Se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo legal; se a acusação não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito; e, finalmente, se inexistir o interesse de agir, faltará justa causa para a ação penal.

Diante do grande debate acerca da natureza da justa causa, e da importância da conclusão do embate, o estudo será aprofundado em tópico próprio.

2. JUSTA CAUSA PROCESSUAL PENAL

A controvérsia em torno do exato sentido da expressão justa causa e de sua natureza são tradicionais no processo penal, visto que, até a presente data, os doutrinadores não encontraram um consenso para um conceito tão amplo.

A ausência de consenso doutrinário acerca do tema foi muito alimentada devido à redação do art. 395 do Código de processo penal, dado pela lei 11.719/2008, que nos incisos II e III distinguiram as condições da ação o exercício da ação com a justa causa para o exercício da ação penal, o que faz parecer que a justa causa é um elemento distinto das condições da ação, levando suspeitas acerca da hipótese da justa causa ser sequer uma quarta condição da ação (BADARÓ, 2009, p. 148).

2.1 Histórico: o elastecimento até o atual conceito

O emprego da denominação, no direito brasileiro, está intimamente ligado ao habeas corpus, que foi introduzido pelo Código Criminal do Império, de 1830 (MOURA, 2001, p. 135)

A primeira vez que se ouviu falar da expressão “justa causa” no direito penal foi no Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 18324, no qual vinculava-se o sentido do termo discutido à prisão ilegal. A orientação foi seguida pelos diversos códigos posteriores (HAMILTON, 2015, p. 1735)

Inicialmente, no Código de Processo Criminal do Império, a interpretação de prisão ou constrangimento ilegal era muito limitada, motivo pelo qual o habeas corpus era meramente liberatório (MOURA, 2001, p. 145).

Com o passar dos anos, passou-se a entender que a garantia do remédio constitucional era conferida não só à prisão arbitrária, com também a todo tipo de constrangimento ilegal.

Pimenta Bueno (*apud* MOURA, 2001, p. 145), comentando o art. 353 do Código Penal do Império trouxe o entendimento de que a prisão ilegal pela ausência de justa causa versa não só

⁴ Art. 353. A prisão julgar-se-ha ilegal: § 1º Quando não houver uma justa causa para ella.

sobre a “falta de criminalidade do fato, como a falta de prova, não-identidade de pessoa, detenção indevida em uma prisão”.

Arrematando, como esclarece Marco Aurélio Nunes da Silveira (2016, p. 194), o termo justa causa, existente desde o Código de Processo Penal do Império – de 1941, não era utilizado para a acusação, mas limitava-se ao preenchimento dos requisitos fáticos-normativos das prisões processuais, sendo que o seu uso em relação ao juízo de admissibilidade da acusação decorreu da jurisprudência, que passou a utilizar e definição, em analogia, nas decisões judiciais, o que se observa desde os primeiros anos de vigência do Código de Processo atual.

Dando um salto na história, com a entrada em vigor do atual Código, estabeleceu-se na doutrina que o tema não comportava um conceito abstrato, restando para o juiz de direito a árdua tarefa de, diante do caso concreto, decidir acerca da existência ou inexistência de justa causa (HAMILTON, 2015, p. 1735).

Coube então à jurisprudência o papel de dessecar o conceito de justa causa, quando chamada para dizer o direito em casos de habeas corpus, desde que fundado o pedido no art. 6485, I, da lei processual penal, que, com o passar dos anos, foi desvinculando-se da origem do conceito, passando a tratar o tema de maneira mais ampla, para, inclusive, atingir o mérito da ação penal (HAMILTON, 2015, p. 1735)

Com isso, a noção de justa causa foi gradativamente ganhando elasticidade, expandindo-se para outros conceitos, por força da criação jurisprudencial pretoriana. (HAMILTON, 2015, p. 1736)

Marcelo Fortes Barbosa (1972, p. 61) critica o alargamento ao conceito de justa causa, pois entende que o instituto sempre teve a interpretação estrita, ligada apenas e tão somente à legalidade e ilegalidade da coação, sem qualquer relacionamento direto com a pretensão punitiva estatal a ser deduzida em Juízo.

No entanto, a despeito do comentário do jurista, a acusação não deixa de ser uma ameaça de coação, e, como esta, se considera ilegal quando sem justa causa, evidente é que o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta. (CARVALHO, 2004, p.05)

⁵ Art. 648. A coação considerer-se-á ilegal: I- quando não houver justa causa.

2.2 Natureza jurídica da justa causa

No exame do tema, a doutrina segue caminhos bastante diversificados.

Frederico Marques relaciona a justa causa ao interesse de agir, como uma condição de procedibilidade ao afirmar que, no processo penal, o interesse processual se confunde com a justa causa, face aos reflexos que a persecução criminal causa na liberdade e na dignidade dos que sofrem os atos persecutórios (CARVALHO, 2004, p. 11).

Afrânio Silva Jardim (2000, p. 93), com posição diversa, sustenta que a justa causa é uma quarta condição genérica ao regular exercício do direito de ação, por representar um suporte probatório mínimo pelo qual deve-se embasar a acusação, pois a instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do acusado.

Dizia o processualista que apenas o ajuizamento da ação já é suficiente para causar graves repercussões na órbita do patrimônio moral do acusado, sendo, por essa razão de ser, a necessidade da peça acusatória vir acompanhada de suporte de prova mínimo, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade.

Seguindo a doutrina de Afrânio Silva Jardim (2000, p. 93), Eugênio Pacelli (2015, p.117) também sustenta a existência da justa causa como condição da ação, seja como uma quarta condição, inserida no contexto da demonstração de interesse de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida, como previsto no art. 44, § 1º da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67).

Fernando Andrade Fernandes (*apud* CARVALHO, 2004, p.12) aduz que o §1º6 do artigo 44 da Lei 5.250/1967 supre qualquer eventual dúvida de que a justa causa tenha sido incorporada como condição da ação penal.

Fernando Capez (1997, p.422), apesar de defenderem que a justa causa é um suporte fático-probatório mínimo para a propositura da ação, não a colocam como uma quarta condição

⁶ Art. 44. O juiz pode receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, após a defesa prévia, e, nos crimes de ação penal privada, em seguida à promoção do Ministério Público. § 1º A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal.

da ação, mas como um requisito particular de admissibilidade, singular apenas para o processo penal e sem qualquer correspondência com as outras áreas do direito.

Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 95) entende que a justa causa é uma condição de procedência do pedido. Para tanto, explica que, no processo penal, quando não há elementos de convicção da existência do crime ou sua autoria, o interesse substancial à realização do direito não se caracterizará. Trata-se de corolário lógico da própria natureza do processo penal, que exige a demonstração da plausibilidade do direito que é invocado, evitando-se, assim, uma lide temerária.

Já Aury Lopes Jr. (2018, p. 150), socorre-se à necessidade de respeitar as categorias próprias do processo penal para defender que a natureza jurídica da justa causa é a de quarta condição da ação.

Para Maria Thereza de Assis Moura (2001, p. 248), a justa causa constitui o conjunto de elementos de direito e de fato que tornam legítima a coação. Ou seja, corresponde, ao seu ver, no fundamento da acusação, “uma peculiaridade do processo penal, sem correspondência no processo civil”.

A autora compreende a natureza jurídica da justa causa em seu sentido positivo e negativo, representando, respectivamente, a qualidade que torna legítima a acusação e a negativa na falta do atributo, o que implicaria em uma imputação “infundada, temerária, caluniosa e, acima de tudo, profundamente imoral” (MOURA, 2001, p. 250).

2.3 Definição de justa causa

Maria Thereza Rocha Assis Moura (2001, p.19) comenta acerca da grande indefinição que circunda o conceito pontuando que a justa causa figura como uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica e que a diversidade de seus significados, assim como a impossibilidade de traçar uma única definição absoluta dar-se-á pois, de um lado, a noção do termo é vaga e ambígua e, de outro, pois a noção de justo constitui um valor.

A jurista traz ainda, em sua obra, importante citação de Joaquim de Oliveira Macedo, o precursor do entendimento de que a justa causa não pode ser definida:

Justa Causa não pode ser definida em absoluto. Depende da inteligente e escrupulosa apreciação do juiz que, aquilatando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a justiça ou injustiça da causa para declarar

legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça. É impossível capitular antecipadamente as causas justas, assim como não se pode definir por tese dogmática onde se terminarão os atos preparatórios do crime, e onde principia a execução, assim como onde está a legítima defesa, ou onde principia o excesso. Tudo depende das circunstâncias ocorrentes, e do estudo que sobre elas faz o juiz (MOURA, 2001, p. 145).

Apesar da impossibilidade de eleger um conceito absoluto para a justa causa, estabelecer um conceito-limite é viável para, a partir dele, examinar-se o caso concreto.

Inicialmente a justa causa era definida como a necessidade de a petição inicial descrever um fato típico em abstrato e o conceito se enquadrava no artigo 43, caput, I do Código de Processo Penal, hoje revogado. No entanto, diante da insuficiência da conceituação, e, pautado no caráter infamante do processo penal, o termo teve sua interpretação alargada (BADARÓ, 2009, p. 140).

Ato contínuo, o conceito de justa causa evoluiu para exigir a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal, passando a estabelecer a existência de um suporte probatório mínimo, que se identifica pela existência material de um crime e a autoria delitiva (BADARÓ, 2009, p. 141).

Rafael Alvarez Moreno (2016, p. 9) entende que a justa causa foi concebida como um critério de controle para autorizar a instauração do processo penal, tendo em vista que o processo penal é um fato que, de per si, causa angústia e estigma, motivo pelo qual a sua instauração exige, em caráter antecedente, a obtenção de elementos fundados que justifiquem a intervenção. Com efeito, apresenta-se como um critério para evitar que a parte legitimada para exercício do direito de ação “seja senhor absoluto da ação penal, a ponto de poder propô-la mesmo quando não haja nenhum elemento que apoio para a peça acusatória”.

Segundo Afrânio Silva Jardim (2007, p. 67) a justa causa representa uma condição para o regular exercício da ação penal condenatória, pois, como a ação penal atinge a dignidade do acusado, o legislador exige de quem acusa o preenchimento de mais uma condição, que diz respeito à um “lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação” – ou seja, indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Destarte, é necessário, para o exercício do processo penal a demonstração de que acusação não é temerária.

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p. 173), a pergunta que deve ser sempre feita é se há, segundo a ordem jurídica em vigência, causa legítima para a coação processual. Posta a indagação, torna-se factível a análise, pelo juiz, da existência ou não da justa causa, seja

para a prisão, seja para o ingresso da ação penal, ou para legitimação da condenação no caso concreto.

A razão de ser de seu entendimento é que, na concepção da autora, a justa causa não representa uma condição da ação, mas sim um requisito, de justiça ensejador de reprimenda penal. Em outras palavras, representa a exigência da legalidade na acusação.

Conclui-se, no entendimento exposto, que a ação penal com narrativa atípica ou sem lastro probatório não encontra voz no ordenamento jurídico, pois a justa causa, vista como cânone da legalidade, representa uma barreira para o prosseguimento do processo, e implica na rejeição da denúncia ou queixa crime (MOURA, 2001, p. 222).

Na concepção da autora, a justa causa como causa *secundum ius*, também definida como causa lícita, agasalhada pelo ordenamento jurídico não se faz de maneira meramente abstrata, mas também na hipótese, calcada na conjugação dos elementos que demonstram a existência de fundamento de direito e de fato para o processo, a partir do caso concreto (MOURA, 2001, p. 242).

José Frederico Marques, autor do anteprojeto do atual Código de Processo Penal, define o conceito de justa causa como uma “norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação jurídica, que não se enquadre nos demais itens do art. 648 do Código de Processo Penal, será subsumível no preceito amplo em que se fale de justa causa” (HAMILTON, 2015, p. 1736).

Já José Barcelos de Souza (*apud* CARVALHO, 2004, p. 4) defende que, em sentido estrito, a justa causa diz respeito à causa de prisão ou à causa de pedir, isto é, a motivação do fato para o pedido de aplicação da lei penal, justa ao caso concreto, enquanto no sentido amplo representa um nome-ônibus para indicar a legalidade da instauração do processo penal.

Marco Aurélio Nunes da Silveira (2016, p. 195) também compreende a justa causa como quarta condição da ação, restringindo o seu conteúdo à prova do crime e aos indícios de autoria.

João Bernardino Gonzaga (*apud* MOURA, p. 115) considera essa justa causa como um motivo juridicamente relevante que torna atípico o comportamento do agente, cabendo ao magistrado, antes de ingressar com a ação penal, fazer um juízo de valor sobre o caso concreto, para, com isso, verificar se a atuação do indivíduo é ou não reprovável.

Aury Lopes Jr. (2018, p. 155), por sua vez, entende que a justa causa representa um ponto de apoio para a ação processual penal que, além de ser uma condição da ação, possui uma função

essencial de garantia contra o uso abusivo do poder de acusar. E prossegue, identificando a justa causa com a “existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal)”, relacionando-a com dois fatores: a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

O primeiro requisito é uma exigência de que, para que haja acusação, é necessária a presença de elementos probatórios mínimos para justificar a admissão de uma ação penal, diante do ônus e estigmas que ações dessa natureza trazem consigo. Na hipótese da insuficiência desse elemento, a acusação deve ser rejeitada, mediante ausência de justa causa, visto que, como preceitua Aury Lopes Jr. (2015, p. 196):

A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição do réu. É o lastro probatório mínimo que alude Jardim (2007, p. 66), exigido ainda pelos artigos 12, 39, § 5º, 46, § 1º (a contrário senso), do Código de Processo Penal.

A grande maioria da doutrina ainda prefere enumerar casos exemplificativos que carecem de justa causa, para furtar-se de uma conceituação absoluta, trazendo, dentre outras hipóteses: falta de criminalidade do fato; a falta de prova; a não-identidade da pessoa a conservação indevida de uma pessoa na prisão, em vez de ser transferida para outra, a fim de ser julgada; a prisão que não repousa em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente; a ausência de indícios suficientes de autoria; a prisão feita por motivos vagos, porque ilegais; a conservação do acusado na prisão quando o crime, por sua natureza, permite que ele se livre solto; a extinção da punibilidade; o processo manifestamente nulo (MOURA, 2001, p. 166).

Embora haja um tratamento diferenciado dado pelos juristas acerca do tema, a definição abrange, em regra, um conteúdo similar, consistente no mínimo de provas necessário para a propositura da ação penal, ou seja, uma plausibilidade jurídica imputação feita, em sentido estrito, enquanto, no sentido *latu*, representa mais uma barreira contra a persecução penal.

2.3.1 Controle Processual do caráter fragmentário da intervenção penal

No Estado de Direito, os valores referentes à pessoa humana, ou seja, liberdade e dignidade, impõem ao direito penal limites de alcance na tutela dos interesses sociais, restringindo a intromissão do direito penal apenas às questões de maior relevância, e evitando a intervenção do poder público na liberdade do indivíduo (CARVALHO, 2004, p. 34).

Logicamente, o direito penal representa um embate constante entre o dever da sociedade em combater e prevenir os comportamentos que prejudiquem a sua existência e a de terceiros, e as vituperações causadas aos sujeitos pelo exercício desproporcional desse poder-dever provocado pelo Estado (CARVALHO, 2004, p. 34).

Para equilibrar essa balança, o direito penal é dotado de subsidiariedade, ou seja, só é aplicado no último caso, e, ainda, mesmo quando aplicado, é sopesado pela fragmentariedade.

Nesse sentido, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2004, p. 42) ensina que a sanção criminal, por ser mais limitadora de direitos, por ser mais séria e gravosa do que outra forma de sanção, só deve ser utilizada em casos extremos, impondo o reconhecimento do direito penal como *ultima ratio* ou seja, a última fronteira para o agir punitivo estatal.

Daniel Gerber (2007, p. 13), traz uma importante passagem de Carnelutti que se subsuma à justificativa da necessidade da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal e processual penal:

A justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito...o processo por si é uma tortura.

Quando se fala de justa causa e do seu caráter fragmentário, remete-se à exigência de uma natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e das penas. Consequentemente, deve existir um momento, no início do processo, no qual o magistrado decide se rejeita a ação penal, sendo esta análise baseada na necessidade de intervenção penal e processual (LOPES JR., 2018, p. 156).

O caráter fragmentário do direito penal significa que o direito penal não deve sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas apenas as mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Além disso, é um corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal (BITENCOUT, 2012, p. 19).

Como o processo penal emana um caráter de pena necessária, deve o Estado, personificado no Órgão Ministerial, estar amparado em elementos suficientes e objetivos de convicção, sob pena de restar ausente a justa causa, para legitimar a imposição de uma acusação e posterior pena ao cidadão (GERBER, 2007, p. 13).

2.4 Justa causa processual como instrumento de garantias

O Código Penal Brasileiro, ao menos em tese, prevê uma séria de garantias que aproximam sua modelo processual a uma visa garantista capitaneada por Ferrajoli, circunstância diversas vezes apontadas por Ana Cláudia Bastos de Pinho (2019, p. 155-186).

A rigor, uma formatação de ritualística processual que garanta direitos e imponha freios a acusações infundadas e que permitam ao Estado apenas processar um indivíduo quando haja um justo motivo para tanto e quando o instrumento que serve a acusação seja suficientemente claro, de modo a permitir que aquele contra quem se volta a acusação possa se defender, é um modelo que se aproxima às aspirações de Ferrajoli, conforme acentua Ana Cláudia Bastos de Pinho (2019, p. 155-186).

O que se percebe, todavia, que, no Brasil, a despeito de formalmente haver diversas previsões legais que se contraporiam a força punitiva estatal, a doutrina e os legisladores, caminham numa visão garantidora dessas funções e a jurisprudência, porém, distancia-se do real intento de disposições processuais com fins garantistas.

2.4.1 Reconhecimento processual da figura da inépcia. Insuficiência da exposição de fatos criminosos imputados a um denunciado. Garantia para que não haja denúncia sem critérios

Consabido que, como garantia, para que uma peça de acusação não seja formalmente deficiente, deve expor, de maneira satisfatória, os supostos fatos criminosos imputados a um Denunciado.

Com efeito, a petição inicial a ser oferecida pelo representante ministerial deve preencher, em absoluto, o requisito ‘exposição do fato criminoso’ exigido pelo artigo 41 do Código de Processo Penal.

No que diz respeito à instauração válida do processo criminal, eis o quanto salientado por Ada Pellegrini Grinover ao prevenir a ocorrência de imputação omissa ou deficiente. Confirma-se os lúcidos dizeres da mencionada processualista, *ad litteram*:

A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um ato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, ‘não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)’[ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro, v. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183] (GRINOVER; FERNANES; GOMES FILHO, 2000, p. 95).

Nessa mesma linha de intelecção, Fauzi Hassan Choukr adverte que, a rigor, em uma “estrutura processual acusatória, não há possibilidade de acusações implícitas, donde a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias deve ser textual” (CHOUKR, 2019, p. 487).

Vale dizer, é vedado se omitir, na peça de acusação, a imprescindível descrição (detalhada) da forma como um Denunciado teria praticado as condutas delitivas imputadas no corpo da denúncia, ou seja, a ação penal deve, necessariamente, descrever, de forma clara e precisa, a ação criminosa imputada a um Denunciado, para, então, enquadrá-la no tipo penal indicado na denúncia.

Conforme bem salientam Grinover, Fernanes e Gomes Filho (2000, p. 95), a denúncia deve descrever de forma clara e precisa a conduta criminosa – é dizer, é necessária a descrição (detalhada) da forma pela qual um Denunciado teria praticado determinada modalidade delitiva - , a fim de possibilitar o réu, por saber do que é acusado, exercer com amplitude a sua defesa.

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera o seguinte, *ipsis litteris*:

(...) o acusado terá a ampla defesa assegurada desde que os fatos, com todas as circunstâncias que o envolvem, estejam bem descritos na denúncia (...) o réu deve apresentar sua defesa quanto aos fatos e não quanto a tipificação feita, uma vez que como leigo que é e estando assegurado a autodefesa, não tem obrigação de conhecer a lei penal” (NUCCI, 2008, p. 156).

Não é outro o entendimento sedimentado na seara jurisprudencial. Com efeito, os tribunais superiores pátrios, inclusive o Pretório Excelso, têm reconhecido a importância da regularidade

formal da prefacial acusatória – com a descrição clara e precisa da conduta delitiva imputada ao denunciado – para o alcance do pleno exercício do direito de defesa – assegurado constitucionalmente aos acusados. A esse respeito, observe-se o julgado (*Habeas Corpus* 73.271) exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da relatoria do Min. Celso de Mello, assim ementado:

PERSECUÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO – APTIDÃO DA DENÚNCIA. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta perseguição estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta.

Na mesma linha de raciocínio ora declinada, eis decisão exarada em outro *Habeas Corpus* da relatoria do Ministro Celso de Melo, do qual se extrai o seguinte excerto:

O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente substanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio* deducta. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta (HC 70.763, DJ 23.09.94).

É que, ao não descrever, nos moldes legais, as circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizem o Estado a deflagrar uma ação penal, acaba-se, por via transversa, a adotar a modalidade de responsabilização objetiva, posto que direciona uma acusação contra alguém, sem estabelecer com este qualquer nexo de causalidade, sem fixar um liame jurídico subjetivo entre o hipotético delito cometido e uma suposta ação praticada por um Denunciado.

Não se deve confundir uma pretensa responsabilidade que permeia a esfera cível com aquela que implica em consequência penais. Qualquer aferição de responsabilidade no tocante à esfera criminal deve ser pessoal. Não se admite, no Direito Penal brasileiro, sobretudo num viés garantista, responsabilidade objetiva.

A jurisprudência, sobre este tema, é absolutamente unânime e farta. Em diversas ocasiões o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já expressou seu entendimento no sentido de que a acusação deve estabelecer e demonstrar um liame subjetivo entre um sujeito denunciado e os supostos fatos criminosos a este imputados.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO DESCRIÇÃO DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO NO CRIME DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que a peça vestibular acusatória não descreveu, suficientemente, como teria ocorrido a participação do denunciado no possível crime de apropriação indébita previdenciária. 3. "O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva" (HC 53.466/PB, Rel. Ministro GILSONDIPP, Quinta Turma, DJ 22/05/2006) 4. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas delituosas supostamente praticadas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial. 5. Agravo regimental não conhecido. (STJ - AgRg no REsp: 1166311 MG 2009/0224170-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 15/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2012). (grifos nossos).

HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PREFEITO. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do *habeas corpus*, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade. 2. Hipótese em que, embora tenha narrado o delito e apontado o paciente como responsável, na condição de prefeito, da pessoa jurídica poluidora, no caso a municipalidade, praticante de, em tese, conduta típica, a acusação não relata, ainda que de forma singela, o nexo de imputação correspondente, deixando de descrever, notadamente, a conduta subjetiva, haja vista que não esclareceu de que forma ele contribuiu para a consecução do delito e o eventual dolo específico na degradação do meio ambiente. 3. A atribuição do delito ao paciente pelo fato, tão-somente, de ele ser

o chefe da administração municipal, sem a demonstração da forma pela qual participou na operacionalização dos atos administrativos afetos ao recolhimento e à destinação do lixo da cidade, significa impor-lhe o odioso instituto da responsabilidade penal objetiva. 4. Ordem parcialmente concedida para anular a ação penal (PCO-CR 1.0000.05.425115-2/000) desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez sanados os vícios. (STJ - HC: 71071 MG 2006/0260389-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 28/08/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/10/2008). (grifos nossos).

PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ART. 330 DOCP (DESOBEDIÊNCIA). CIÊNCIA PESSOAL DA REQUISIÇÃO EFETIVADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA. INTENÇÃO DELIBERADA DE DESCUMPRIR. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA CONFIGURADA. 1. Segundo precedentes desta Corte, para configuração do crime de desobediência é necessário que haja a notificação pessoal do responsável pelo cumprimento da ordem, de modo a se demonstrar que teve ciência inequívoca da sua existência e, após, teve a intenção deliberada de não cumpri-la. 2. Situação em que, na narração trazida na proposta de transação penal, não consta nenhuma assertiva no sentido de que teve o paciente ciência pessoal das requisições efetivadas pelo Parquet trabalhista e, de maneira deliberada, recusou-se a cumpri-la. Além disso, as notificações a ele dirigidas foram encaminhadas por via postal, sendo os avisos de recebimento subscritos por terceiros. 3. Apenas em razão da ausência de resposta aos ofícios encaminhados pelo Ministério Público do Trabalho, requisitando informações para a propositura de ação civil pública, entendeu o Parquet que o prefeito municipal teria praticado o crime de desobediência, o que caracteriza responsabilização objetiva. 4. Para que se dê início à persecução penal, ainda que na forma de proposta de transação penal, deve haver suporte probatório mínimo, uma vez que a responsabilidade penal não pode ser presumida, mas deve ser demonstrada. 5. Ordem concedida para extinguir a proposta de transação penal e trancar o procedimento investigatório criminal, por ausência de justa causa. (STJ - HC: 226512 RJ 2011/0285346-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 09/10/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2012). (grifos nossos).

PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. DECRETO-LEI 201/67. NEGATIVA DE EXECUÇÃO À LEI FEDERAL. 1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. NARRATIVA INSUFICIENTE DOS FATOS. 2. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. OCORRÊNCIA. CONTAS REJEITADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. 3. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR A DENÚNCIA. 1. É inepta a denúncia que não descreve o fato delituoso em todas as suas circunstâncias. 2. O mero fato de ter o prefeito as contas referentes a período de sua gestão rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado não é suficiente à verificação do tipo penal, impondo-se a individualização da conduta, sob pena de responsabilização objetiva. 3. Ordem concedida para anular a denúncia. (STJ - HC: 48700 SP 2005/0167049-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/10/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.02.2008 p. 361) (grifos nossos).

Ora, os casos acima descritos retratam a situação de prefeitos municipais que, afora a prática de atos formais praticados pelo Alcaide na condição de Gestor Municipal nos processos administrativos, já que atinentes e inerentes ao cargo que ocupa, não sobrevieram na denúncia qualquer elemento outro subjetivo que demonstrasse um agir contrário à lei pelo Acusado.

Em virtude de tal violação a direito constitucionalmente assegurado (a ampla defesa), a consequente nulidade de ordem absoluta é medida que deve ser impor nesses casos de inépcia da denúncia por conta de narração deficiente das supostas condutas imputadas ao denunciado. Única forma de se atender a um modelo garantista. Em matéria processual penal, forma é garantia.

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover sustenta que a “narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2000, p. 95).

Verifica-se, portanto, que a inépcia implica na decretação de nulidade absoluta de natureza irremediável, é um filtro, processual, de contenção do poder acusatório.

2.4.2 Da Justa Causa para a Persecução Penal. Necessário Filtro garantista para que se evitem denúncias arbitrárias

Sustenta-se, neste tópico, a ausência de justa causa penal como obstáculo genuinamente garantista a ensejar o prosseguimento de um processo crime, nas hipóteses em que há inexistência de elementos probatórios mínimos a comprovar as condutas delitivas narradas em uma prefacial de acusação – ausência de prova da materialidade e autoria delitiva na espécie.

Destarte, tem-se por necessário sinalizar que a justa causa penal corresponde à presença de indícios mínimos de autoria e prova da materialidade delitiva (aspectos que denotem a presença de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade de certa conduta) a viabilizar o ajuizamento da ação penal e posterior prosseguimento do processo crime que se iniciará.

A necessária presença de justa causa penal – em qualquer persecução criminal – se justifica para se obstaculizar a instauração e a tramitação de ações penais que não apresentam, por exemplo, a existência material de uma conduta típica. A este respeito, Afrânio Silva Jardim:

Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por

isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública (JARDIM, 2007, p. 66).

Efetivamente, a justa causa apresenta como finalidade a correspondência entre os elementos indispensáveis à propositura da ação penal – especialmente, a materialidade delitiva da conduta imputada – e a possibilidade de se prosseguir com um processo crime.

O certo é que se almeja a garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, sendo inadmissível o prosseguimento de processo crime que tenha como objeto denúncia sem lastro probatório mínimo – como se afigura o caso em questão. Nesse sentido, Aury Lopes Jr.:

“(...) a justa causa é um verdadeiro ponto de apoio (topos) para toda a estrutura da ação processual penal, uma inegável condição da ação penal, que, para além disso, constitui um limite ao (ab)uso do ius ut procedatur, ao direito de ação. Considerando a instrumentalidade constitucional do processo penal, conforme explicamos anteriormente, o conceito de justa causa acaba por constituir numa condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar” (LOPES JR., 2008, p. 340).

Semelhantemente, em sede jurisprudencial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello aduz que:

(...) Não há justa causa para a instauração de persecução penal, se a acusação não tiver, por suporte legitimador, elementos probatórios mínimos, que possam revelar, de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime. (...) Impõe-se, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado, notadamente sobre a admissibilidade da acusação penal, em ordem a impedir que se instaure, contra qualquer acusado, injusta situação de coação processual. (g.n.).

Destarte, a ausência de justa causa inviabiliza o ajuizamento da ação penal e o prosseguimento do processo crime que se iniciaria, uma vez que persecuções criminais – cujo objeto se refere a denúncia carente de lastro probatório mínimo – prosseguem restringindo e violando direitos fundamentais concedidos ao acusado.

3. A RELEVÂNCIA DAS TEORIAS DO DELITO PARA ANÁLISE DA JUSTA CAUSA

3.1 Teorias Clássicas

3.1.1 Teoria da Adequação Social

É imprescindível, para que se constate e até para que se faça as críticas com a profundidade que o tema requer, que se analise as denominadas “Teorias Clássicas”, para que se possa aferir se estas seriam capazes de solucionar a problemática da persecução criminal sem critérios, sob a ótica do direito penal material.

A primeira delas a ser abordada é a da Adequação social como, primeiro, forma de aferir a tipicidade de um delito e, posteriormente, a própria antijuridicidade da conduta. Hans Welzel, lança luz sob o tema, ao aduzir que os tipos penais têm, como uma das funções, demonstrar uma conduta proibida que, sob um prisma, apresenta uma vertente de caráter social, o que significa dizer que se reportam à própria vida em sociedade e, sob outra ótica, evidencia o que se afigura inadequado em uma vida social ordenada. Neste contexto, identificam-se dois aspectos do Direito Penal: um de natureza social e outro histórico. Ou seja, os tipos penais prescrevem condutas que delimitam uma infringência grave do convívio social, considerando o seu caráter histórico (WELZEL, 2011, p. 73).

Coligindo o entendimento de Hans Welzel, tem-se que as condutas que estariam abarcadas na adequação social seriam aquelas que no dia-a-dia seriam toleradas e integradas em um determinado tempo, espaço e comunidade, ainda que, formalmente, se amoldassem a um tipo penal formal.

As críticas a esta teoria foram abundantes, dado, principalmente, à circunstância de que se trata de um instituto impreciso, mormente porque seus preceitos (tempo, espaço e comunidade), variam de acordo com esses próprios elementos, temporais, geográficos e culturais, o que, ao seu modo, transmudaria num critério de insegurança jurídica.

Luis Greco, ao se debruçar sobre esta teoria, fez as devidas ponderações, advertindo seu caráter de imprecisão, por não ser possível saber, com exatidão, a adequação ou inadequação de determinado comportamento. Outrossim, haveria um equívoco de primordial relevância, que se

cinge na circunstância de que não se saberia se esta teoria se refere à uma descrição ou uma prescrição, o que significa dizer que, não é possível aferir se esta representa um sentido sociológico-descritivo, portanto aquilo que, na prática, se faz numa determinada sociedade, ou sentido ético-normativo, que é aquele comportamento que se considera como adequado em uma comunidade (GRECO, 2004, p. 23).

Sob qualquer dos ângulos que se analise, esta teoria, malgrado a insegurança jurídica que a afeta, revela-se contributiva para fins de caracterização do conceito, que se busca definir, de justa causa material.

Relacionando-se essa teoria e seus problemas com o tema proposto nesta obra, tem-se que a Adequação social poderia ser considerada como um dos elementos a ser aferidos para composição do que se denominaria, conceito material de justa causa, pois incidente na tipicidade.

Afinal, um comportamento socialmente adequado não seria capaz de ofender bens jurídicos penalmente protegidos e, conseqüentemente, a conduta se tornaria atípica.

3.1.2 Princípio da confiança

O princípio da confiança teve sua origem na jurisprudência alemã, como critério de limitação do dever concreto de zelo nas relações de trânsito. O contexto era de que havia um aumento substancial de situações em que a consequência lesiva derivava de atuação equivocada de terceiros. Tal circunstância fez com que os tribunais alemães adotassem este critério como meio de se reconhecer que determinados condutores poderiam confiar, como regra geral, que outros motoristas igualmente obedeceriam às normas de trânsito, o que imporá limites à abrangência demasiada do critério da previsibilidade (PEREIRA, 2014, p. 84).

Em que pese sua origem remonte situações envolvendo casos de trânsito, o entendimento perfilhado irradiou-se para outras searas de conflito dentro do direito.

Assim é que Flávia Siqueira Costa Pereira segue argumentando que o princípio da confiança representa uma exceção à regra de previsibilidade, eis que, ao se conviver em sociedade, exsurtem situações nas quais é possível esperar que terceiros adotem comportamento de conformidade e respeito às normas, liberando-se os indivíduos de uma vigilância integral a cerca de eventual descumprimento desta norma. Esta circunstância decorre do fato de que é

imprescindível prover a continuidade de ações em sociedade nas quais se possa contar com o desenvolvimento escorreito do trabalho de terceiros (PEREIRA, 2014, p. 86).

Contudo, Luis Greco, em crítica a este princípio como capaz de solver os casos de cumplicidade através de ações neutras dispôs que:

Uma tal conclusão seria, entretanto, apressada. E isto fica evidente, a partir do momento em que voltarmos às nossas atenções para aqueles fatos que são amplamente reconhecidos como as limitações ao princípio da confiança: o primeiro deles é a hipótese de haver pontos de apoio, indícios concretos no sentido de que o terceiro há de comportar-se ilicitamente. E isto é exatamente o que ocorre na quase totalidade dos casos de cumplicidade através de ações neutras: o vendedor da loja de ferramentas, o padeiro, o advogado, o taxista, o devedor, todos dispunham de indícios concretos de que o terceiro praticaria o fato delituoso. Eles não podiam, portanto, confirmar em que o delito não se cometeria. Ou seja: aplicar o princípio da confiança aos casos de ações neutras significaria considerá-las em quase sua totalidade.

Em síntese: o princípio da confiança, apesar de amplamente aceito e reconhecido, não é capaz de lidar com os casos de cumplicidade através de ações neutras, porque nestes costuma haver indícios de que o fato principal venha a ser cometido, o que configura justamente uma das restrições à aplicabilidade do mencionado princípio (GRECO, 2004, p.30)

Para Victor Augusto Estevam Valente, a discussão, todavia, merece outros destaques, vez que o princípio da confiança tem a função, na teoria do delito, atrelando-se à teoria finalista, como método aferidor do dever concreto de cuidado, redundando até mesmo na ausência de negligência e, portanto, na atipicidade da conduta, como, por sua vez, sob a batuta do funcionalismo e da imputação objetiva, que sobressai sob a perspectiva da manifestação do risco permitido, o que fulmina, destarte, o risco proibido (VALENTE, 2014, p. 11).

Contextualizando essas críticas com o objeto do trabalho, infere-se que, de fato, o princípio da confiança igualmente seria capaz de compor o conceito de justa causa penal material.

3.1.3 Aplicabilidade do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância é atribuído, originalmente, à Welzel quando este ocupou-se do estudo da “adequação social”, donde concluiu, àquela época, que danos insignificantes a bens jurídicos poderiam ser desinteressantes ao Direito Penal. Esta terminologia remonta a ideia de exclusão da ilicitude nos tipos penais, diante de um cenário de ocorrência de danos irrelevantes à determinados bens jurídicos tutelados. Seria uma excludente de tipicidade (CABETTE, 2013, p. 16).

Fernando Antonio C. Aves de Souza, já assinalava que em razão da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal este somente deve ser convocado a intervir e aplicar sua sanção punitiva quando outros ramos do direito se demonstrarem falhos, bem como quando a ofensa ao bem jurídico for intolerável (SOUZA, 2009, p. 23).

Ao tratar sobre a insignificância, Filipe de Mattos Dall'agnol critica a expressão “crimes insignificantes” ou “crimes bagatelares”, sob o argumento de que, se delitos são, é porque guardam, em si, importância para o ramo jurídico (DALL'AGNOL, 2011, p.11).

Cabe, aqui, uma metacrítica, vez que não é a circunstância de existir, formalmente, a previsão de um delito que não se possa concluir que se trata de um crime insignificante. A forma, neste aspecto, não pode se sobrepor a materialidade e ao grau de importância que se espera da tutela de um bem jurídico em matéria penal. Tanto é assim que diversas condutas passaram, com o tempo, a serem descriminalizadas. Evidência inequívoca que há, sim, “crimes insignificantes” ainda moribundos na legislação penal brasileira.

Luís Greco, no particular, sobre o princípio da insignificância acentua que:

Com o que já podemos formular o veredito a respeito da capacidade de este princípio resolver os nossos problemas: os casos de cumplicidade através de ações neutras são justamente casos cuja carga de desvalor é algo de problemático e controvertido, algo que de modo algum se pode avaliar já *prima facie* e sem qualquer sombra de dúvida. Logo, não se pode resolvê-los simplesmente se declarando insignificante, a venda do pão, a prestação de assessoria jurídica, a realização das operações bancárias etc.

E ainda há um segundo motivo que nos fará hesitar no que toca à possibilidade de resolver nossos casos através do princípio da insignificância a saber: em que medida se poderá aplicar este princípio à participação em delitos da maior gravidade, como os delitos dolosos contra a vida? Concretamente: será que ainda se poderá falar em insignificância, se o resultado da contribuição foi facilitar que o marido rachasse o crânio da própria esposa com um machado como no caso 2? Admito que não sei; mas também não o preciso saber, porque esta consideração já gera dúvidas no que toca à aplicabilidade do referido princípio ao nosso problema, a primeira consideração, sobre a inaplicabilidade do princípio a casos pouco claros, não deixa mais espaço para dúvida alguma. Se há algo que já podemos dizer a respeito destes casos, é que eles são altamente controversos, não podendo ser resolvidos por um princípio cunhado somente para casos unívocos (GRECO, 2004, p. 32).

Não se desconhece, ao seu turno, que o Supremo Tribunal Federal, no RHC 145.447, fixou parâmetros objetivos para aplicação do princípio da insignificância:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO NA FORMA TENTADA. ARTIGO 155, CAPUT, C/C ARTIGO 14, II, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* ORIGINARIAMENTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO.

INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. - Seguimento negado, com esteio no artigo 21, § 1º, do RISTF. Liminar prejudicada. - Ciência ao Ministério Público Federal. Decisão: Trata-se de recurso ordinário em Habeas Corpus, com pedido de liminar, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, cuja ementa transcrevo abaixo, *verbis*: PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO SIMPLES CONSUMADO E FURTO SIMPLES TENTADO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O princípio da insignificância propõe se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja incapaz de atingir de modo intolerável o bem jurídico protegido. Porém, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** (STF - RHC: 145447 SC - SANTA CATARINA 4000225-67.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/06/2017, Data de Publicação: DJe-143 30/06/2017).

Portanto, mesmo que se considere a imprecisão e a forma casuística com que este princípio precisa ser aplicado, faz-se concluir que, em termos de dogmática penal, seria útil para eventual caracterização de conduta atípica, conformada com base no conceito de justa causa material.

3.2 Teorias Modernas

3.2.1 A Teoria dos Papeis Sociais de Jakobs.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2013, p. 60) ao tratar sobre os aportes dados por Günther Jakobs à teoria da imputação objetiva, sugere que este último propõe, em sua teoria, a exclusão de responsabilidade criminal considerando o resultado no âmbito do próprio Tipo Objetivo. Para o autor, a conduta do partícipe não pode ser penalmente considerada quando ele atuou apenas dentro do papel que lhe cabia na sociedade, ainda que, eventualmente, possa ter contribuído para a prática de um crime por terceiros.

Paulo Cesar Busato, ao tratar sobre o tema, destacou que Jakobs foi fomentador de uma das passagens de casos elementares da teoria das ações cotidianas. Ponderou, o autor, que para Jakobs existe uma substituição da causalidade como condição ontológica pelos critérios axiológicos de imputação, de modo que não seria pertinente tratar de equivalência de condições.

Sendo assim, haveria um isolamento da causalidade, o que, em sua conclusão, significaria dizer que anulando-se a atuação do partícipe, aqui entendido como cúmplice, o agente realizaria a conduta típica independentemente deste, o que tornaria a contribuição do partícipe essencialmente neutra (BUSATO, 2013, p. 335).

Vinicius Gomes de Vasconcellos, ao elucidar a teoria de Jakobs, ponderou que este autor entende como irrelevante o conhecimento, por parte do pretense partícipe, daquele que cometeu o delito, no ponto em que supere os limites que o sujeito precisa estar obrigado a saber, a partir, justamente, do papel social que ele desempenha na sociedade. O que deve ser levado em conta seria a consciência deste indivíduo no papel que atua, num sistema de posições predeterminadas de modo normativo. Desta feita, não é importante, simplesmente, a mera capacidade de quem atua e, sim, se esta atuação estava inserida dentro do esperado, no campo normativo, daquele cidadão no papel social que exerce (VASCONCELLOS, 2013, p. 62).

Feitas estas breves considerações, é possível estabelecer um paralelo com o princípio da confiança que fora brevemente tratado, quando se abordou que este tema mereceria destaque próprio sob a ótica da imputação objetiva.

É que, conforme novamente esclarece Vinicius Gomes de Vasconcellos (2013, p. 60) partir da ideia vertida por Günther Jakobs, na Teoria dos Papéis Sociais, deve haver entre os agentes que desempenha sua função e papel na sociedade uma confiança daquele próprio ao desempenhar aquilo a que se propôs, não cabendo a terceiros antever que eventual norma será descumprida que é o que, por confiança normativa, não se espera. Não há para Jakobs, portanto, como se imputar a alguém uma prática delitativa, pois não se espera essa defraudação de expectativas, até porque, em tese, todos devem crer e respeitar as normas.

Assim sendo, como bem acentuou Paulo César Busato, “Para ele, definitivamente, não é um problema de dolo, mas simplesmente de imputação objetiva” (BUSATO, 2013, p. 338).

Nesta linha de intelecção, Camila Gervasoni Pellin preleciona que:

Com a elaboração de tipos penais, gera-se na sociedade uma expectativa de que os valores protegidos pela norma penal serão respeitados, e é a defraudação dessa expectativa que justifica esta reação estatal visando à imposição de uma pena. Portanto, o crime é um desvalor para a sociedade, já que representa a violação de seus valores mais importantes, isto é, significa a defraudação das expectativas sociais por meio da violação normativa (PELLIN, 2013, p. 245).

Este, portanto, é ponto de toque entre a teoria dos papéis sociais de Jakobs e o princípio da confiança outrora tratado que, nesta toada, remete a solução da responsabilização criminal do partícipe por meio da conduta neutra à confiança que teria de que, o terceiro autor do fato delituoso, iria agir em conformidade com a norma.

A este respeito Luís Greco formula críticas a esta teoria, apontando para sua inaplicabilidade, partindo, em epítome, sob duas perspectivas: 1) a teoria dos papéis se fundamenta na função do direito penal como garantidor da identidade normativa da sociedade, o que, para o autor, gera ambiguidades. Isso porque, faltaria clareza no tocante ao caráter desta teoria, notadamente porque não seria possível aferir se a função a que se refere Jakobs relaciona-se em sentido descritivo (como o direito penal realmente age), ou se diz respeito à um conceito normativo, do qual extrai-se que em um Estado Democrático de Direito a identidade normativa de uma sociedade não apresenta valor algum, máxime porque, o que é imprescindível é se é possível prover o respeito a dignidade humana e os direitos fundamentais (GRECO, 2004, p. 38).

Por outro lado, a segunda crítica feita pelo autor cinge-se na ideia de Jakobs acerca do que vem a ser “Papel”. Neste ponto, mereceria distinguir se o sentido utilizado por Jakobs é sociológico ou jurídico normativo. O primeiro, seria extremamente frágil, eis que sob este prisma a sociologia também compreende o papel do criminoso e não apenas do cidadão e do policial. Quanto ao prisma jurídico-normativo a ideia seria vazia, mormente porque “Papel” seria um feixe de normas, o que alcançaria todas as normas abstratamente regentes da conduta de um sujeito em uma determinada interação (GRECO, 2004, p. 41)

De certo, em que pese haja uma falta de precisão de Jakobs na definição do que venha a ser “papel social” ocupado por um indivíduo, é de se entender, até para que haja coerência na teoria capitaneada por Jakobs, que o papel, ainda que sob o prisma sociológico, quer dizer um papel lícito e em conformidade com a norma, que é a base elementar de sua teoria.

Portanto, não caberia se cogitar que o “Criminoso” também exerce seu papel dentro da criminalidade, como se isso fosse capaz de atender ao critério de não responsabilidade criminal estabelecido por Jakobs.

Ao que parece, não foi esta a intenção daquele autor. Se, como próprio alude Luís Greco, a função do Direito Penal para Jakobs é garantir a normatividade da sociedade, pensa-se esta circunstância no contexto da licitude, a qual descartaria, obviamente, o “Criminoso”, cujo papel seria antinormativo, desestabilizador daquela função prevista por Jakobs para o Direito Penal.

Assim, este princípio pode, ao menos, colaborar para que não se caracterize a responsabilização criminal de uma ação neutra através da cumplicidade, valendo-se como mais um critério para se compor o que se nomeou justa causa penal material.

3.2.2 Do Tipo Objetivo sistemático e conglobante – a Teoria de Eugenio Raúl Zaffaroni

Partindo-se da análise do Tipo Objetivo e de que modo esta análise poderia contribuir para conceituação do que seja justa causa penal material, impende trazer as reflexões sobre a formação do tipo objetivo de Zaffaroni.

Para este autor, o tipo objetivo deve ser dividido em tipo objetivo sistemático e tipo objetivo conglobante. Ressalta, o autor, que não significa esta divisão que são tipicidades distintas. Quer significar que esta divisão visa considerar elementos diferentes do tipo. No que se refere ao tipo objetivo sistemático, reúne-se aqueles elementos do tipo que são exigidos para a sua formação e o nexos de causalidade entre o resultado naturalístico e a ação do agente, revelando, apenas, o que o autor denominou de forma rudimentar de uma função indicativa e da lesividade e imputação, é um modo primário de configuração do tipo, exigindo-se, neste aspecto, o preenchimento semântico do tipo isolado. Por sua vez, quanto ao tipo conglobante, aduz que a norma necessita ser considerada num contexto das demais normas penais ou não penais. Ou seja, é imprescindível haver uma coerência ou não contradição entre as limitações proibitivas, dentro de todo ordenamento jurídico (BRODT, 2010).

Esta é uma análise que poderá ter utilidade quando se fala em exame de conduta neutra e a cumplicidade como participação no evento delituoso.

Isso porque, para que esta participação ganhasse contornos penais e justificasse uma reprimenda estatal, não bastaria que fosse preenchido o tipo penal de modo objetivo. É dizer, não seria suficiente a execução dos verbos nucleares do tipo. Para tanto, além deste requisito formal, Zaffaroni obtempera que é necessário que a conduta esteja em desconformidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Neste ponto, tome-se como exemplo, a conduta de um advogado que recebe honorários advocatícios como contraprestação dos serviços prestados ao seu cliente, ainda que este montante tenha origem ilícita.

É que na divisão feita por Zaffaroni a conduta deste profissional careceria de tipicidade conglobante, pois, o mesmo ordenamento jurídico que traz a previsão do delito de lavagem de dinheiro e a possível punição com as mesmas penas de quem, direta ou indiretamente, concorra para a sua prática, é o mesmo que, na Constituição Federativa de 1988 preceitua no art. 133 da Carta Política de 1988 que “o advogado à indispensável à administração da justiça, sendo inviolável pelos seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1998), sem considerar, ainda, que se trata de profissão regulamentada por Lei Federal (Lei 8.906/94).

Não seria compatível e nem tampouco, utilizando-se das próprias palavras do autor, haveria coerência normativa, em emoldurar a conduta deste profissional do direito como partícipe de um crime de lavagem, quando seu atuar revela, não apenas um exercício de uma atividade regulamentada, mais que isso, evidencia um desempenho de um labor que é indispensável à própria administração da justiça. É uma atividade que denota importância constitucional e infraconstitucional.

Merece especial destaque, no particular, a inteligência do § 2º do art. 2º da Lei 8.906/94 que, no seu caput, além de ratificar a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, reza que “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público” (BRASIL, 1994).

Ou seja, neste ponto específico tem pertinência a teoria de Zaffaroni: Não pode o mesmo ordenamento jurídico conceber tamanho destaque à uma profissão, ao ponto de elevá-la ao grau de pilar da administração da justiça e, concomitantemente, repreender esta atividade profissional, sob a batuta de recebimento de honorários que podem ser de origem ilícita, o que afrontaria o próprio mister deste ofício.

Inclusive, não é menos incongruente cogitar-se que, se o advogado é quem contribui no convencimento do julgador para a decisão favorável ao seu cliente, este profissional não poderá ser remunerado por este cliente, pois a atividade da qual sobrevive é ilícita, o que retiraria deste indivíduo o próprio direito de escolha de quem seria seu defensor, o que já demandaria em vulneração de outros institutos, a exemplo da confiança que deve manter na relação entre cliente e advogado.

Nestes termos, sob qualquer ângulo que se analise a partir da teoria de Zaffaroni conclui-se que, adotando-se a tipicidade conglobante, o direito, visto de modo coeso e coerente com as demais normas, não poderia incriminar a conduta deste profissional, cujo agir seria meramente neutra. Este é mais um elemento a ser considerado na conformação do conceito de justa causa material. À luz da teoria do tipo objeto de Zaffaroni se tornaria atípica a conduta deste profissional.

3.2.3 Um contraponto: A Teoria de Schumann – A solidariedade com o injusto alheio. É possível isentar de responsabilidade criminal a ação neutra?

Ao tratar acerca da responsabilidade do cúmplice na prática do injusto penal, Heribet Schumann colocou como “Ponto de toque” a existência, no caso concreto, do que denominou de solidariedade deste agente com o delito cometido por terceiros e isto seria, ao seu ver, um critério geral de imputação objetiva. (BUSATO, 2013, p. 338-339).

No entendimento de Schumann, para que seja possível atribuir uma responsabilidade criminal do cúmplice é necessário, primeiramente, que este tenha contribuído para a ocorrência do ilícito penal pelo terceiro, posto que, situação diversa implicaria na responsabilização deste cúmplice por fato de terceiros. O cerne da tese de Schumann, a bem da verdade, é conceber se a conduta deste cúmplice contempla um desvalor da ação, por si só, que seja, ao olhar de determinada comunidade, uma efetiva solidariedade notória deste para com o autor do ato delituoso. Para tanto, seria possível aferir esta solidariedade através: da proximidade do fato, o que significa mero fator temporal. Ou seja, quanto mais imediata for a contribuição para o injusto penal ocorrer é tanto quanto aferível sua solidariedade; o favorecimento dos aspectos nucleares do tipo penal e, por fim, um critério de exclusão: se o cúmplice agiu, apenas, dentro da rotina profissional ordinária (BUSATO, 2013, p. 338-339).

É um contraponto que merece suas devidas ressalvas, mormente porque os critérios exigidos por este autor para responsabilizar criminalmente a conduta do cúmplice é dotada de evidente vagueza e imprecisão, sem contar que em um dos aspectos acarretaria até mesmo, ousa-se dizer, em um equívoco de dogmática.

Isso porque, quanto ao primeiro deles (o aspecto de contribuição para ocorrência do evento delituoso), esta circunstância remeteria à uma teoria causal. Ou seja, o cúmplice responderia por

que contribuiu, de alguma forma, com a existência do ilícito penal. Tal ponderação é a própria refutação da imputação objetiva, que visa quebrar esta causalidade e o regresso ao infinito.

De outro modo, a imediatidade entre esta contribuição do cúmplice e a ocorrência do injusto penal adota um critério temporal irrelevante, notadamente porque não é o fato de existir menos ou mais tempo entre a cumplicidade do agente e o fato criminoso que irá evidenciar o grau de reprovação de sua conduta. É apenas um fator temporal.

Por fim, o critério da ação com base numa rotina diária profissional vai de encontro com o entendimento do princípio dos papéis sociais de Jakobs que, aqui, já foi adotado como de pertinência dogmática para resolução da participação do agente através de ação neutra a ser dirimida ainda no plano objetivo do tipo.

De mais a mais, a tese de Schumann aparenta afeiçoar-se muito mais com uma relação de coautoria que, por questões de semântica, ele nomeou como sendo solidariedade com o injusto penal. Afinal, quem dedica-se com tanta afeição, de acordo com seus critérios, ao cometimento de um delito, atua muito mais em uma adesão ao propósito criminoso do que em um agir reviste unicamente de ação neutra.

O próprio Paulo César Busato fez críticas relevantes a cerca da tese de Shuchmann, a saber:

As consequências não são aceitáveis. Se a distância temporal entre o fato delitivo e a contribuição do cúmplice, se estaria fazendo a responsabilidade do partícipe depender de uma aleatória decisão do autor a respeito de quando utilizar o instrumento que lhe aportou o cúmplice, o que não é, definitivamente, lógico. Em segundo lugar, é pouco claro o que seja o favorecer aspectos **nucleares** do injusto. Se estamos falando do núcleo do tipo, ou seja, o verbo, então o que empresta a arma não é o cúmplice do homicídio, por exemplo, o que tampouco parece correto. Se a interpretação sobre o que é **nuclear** não significa isso, então precisaria esclarecer o que se quer dizer (BUSATO, 2013, p. 339).

Destarte, o contraponto e as críticas de Schumann merecem os devidos destaques que foram dados. Porém, os critérios utilizados por este autor não se demonstram claros e suficientemente precisos para que se resolva a problemática em torno da formação de um conceito de justa causa material.

3.2.4 Dos critérios de Imputação Objetiva de Claus Roxin

Como já assinalado e como estabelecido como premissa dogmática neste trabalho, a questão envolvendo a análise da conduta da cumplicidade através de ações neutras, poderia ser dirimida no campo do Tipo Penal, mais detidamente em seu aspecto objetivo, que comporia, junto com os demais elementos, a justa causa penal material

Luis Greco já relatava que a punibilidade ou não das ações neutras teria de ser dirimida na seara do Tipo Objetivo, de modo a eliminar a tipicidade do agir de contribuição, possibilitando que esta não seja enquadrada como uma conduta de cumplicidade punível. O autor ressalta que um dos avanços trazidos com a teoria da imputação objetiva foi, notadamente, excluir esta análise da conduta do tipo subjetivo, a qual era realizada na teoria finalista da ação, que verificava a conduta no tipo objetivo e subjetivo. Portanto, nesta linha de raciocínio, é o tipo objetivo quem deve impor os limites externos do que deve ser permitido ou proibido. Inclusive, este entendimento, para Claus Roxin, estende-se ao próprio dolo eventual, uma vez que é o tipo objetivo que é capaz de limitar o seu alcance através do princípio da confiança, não permitindo, sequer, que o dolo, sem si, venha a se constituir (GRECO, 2004, p. 115).

Fazendo-se uma breve digressão histórica, tem-se que o Direito Penal Clássico, sobretudo nas figuras dos autores Liszt e Beling (2003, p. 29), utilizavam-se do conceito de causalidade para legitimar a figura típica. Para tanto, realizava o tipo penal quem implementava uma condição para o resultado nele previsto, prestigiando-se a teoria da equivalência dos antecedentes. Seria, portanto, um tipo penal que comportava grandíssima abrangência.

Em contraponto, Hans Welzel (2011, p. 73), através da teoria finalista, compreendeu a conduta humana como um ato finalístico. Ou seja, transpôs o dolo como elementar do tipo, a partir da consideração de que a causação depende de um direcionamento orientado a um fim.

Contudo, considerou que esta teoria seria capaz, tão somente, de trazer avanços que eram limitados ao tipo subjetivo (a análise do dolo na conduta), sendo, todavia, que o tipo objetivo permanecia com grande alcance, máxime porque, para a sua caracterização, dependeria apenas que se estabelecesse a relação de causalidade.

Dito isto, em contraposição e crítica à teoria finalista da ação, surgiram-se os métodos de imputação objetiva, tendo como um dos seus maiores desenvolvedores Claus Roxin. O próprio autor assim a resumiu: “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não

permitido para o objeto da ação (2.1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2.2), e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (2.3)” (ROXIN, 2002, p. 2).

Sob a ótica da imputação objetiva não é suficiente, para que o tipo penal objetivo seja caracterizado, que os verbos que compõem seus elementos nucleares estejam preenchidos. Esta é, justamente, uma crítica que se fez à teoria finalista da ação. Portanto, há mais para que se emoldure determinada conduta como criminosa. É imprescindível, nestes termos, que este autor, que praticou a conduta, crie um risco não permitido para o objeto da ação.

Jorge de Figueiredo Dias (2007, p. 257) no sentido de que para a realização de um tipo objetivo faz-se imprescindível uma terceira fase da imputação objetiva, que é justamente a criação ou aumento de um risco juridicamente proibido e se este risco tiver concretizado a conduta proibida prevista na norma penal. Para o autor, esta teoria é capaz de eliminar a responsabilização criminal nas hipóteses em que há uma redução do perigo, quando, então, o agente melhora situação do bem jurídico; quando, também, a ação não ultrapasse o risco permitido ou, ainda, quando o resultado é fruto do risco atinente à própria vida, dentro do que se nomeou como socialmente adequado.

Ainda nesta linha de intelecção, Fernando Jorge Córdoba trouxe as seguintes ponderações a respeito da necessária criação de risco proibido para que a conduta preencha o tipo penal objetivo:

Pues bien, cuando Roxin fundamenta el fracaso de la imputación del resultado en que la conducta no creó ningún peligro jurídicamente relevante para la producción del resultado, lo que está diciendo es que la conducta de enviar alguien al bosque, a causa del casi nulo peligro que representa para la vida de otra persona, no está alcanzada por el tipo objetivo; “...no es peligrosa”, dice él, “Y, por lo mismo, es indiferente para el legislador”. Pero entonces lo que fracasa aquí, en primer lugar, no es la imputación del resultado, sino en realidad la imputación de la acción misma al tipo objetivo. La no imputación del resultado no es más que la consecuencia inmediata de que la acción no esté alcanzada por el tipo por no ser peligrosa (CÓRDOBA, 1996, p. 115).

A tese de Roxin é plenamente aplicável e a mais coerente para se tratar das hipóteses de participação por cumplicidade através de condutas neutras.

Mas, há de se questionar: O que, efetivamente, é um risco?

Luís Greco, ao se debruçar sobre esta temática, definiu este risco como sendo um critério que denominou como “prognose póstuma-objetiva”, que seria derivada da teoria da adequação. Em conformidade com este método, uma conduta é considerada de risco quando ao juízo de um

homem prudente, circunstanciado no instante da conduta, por assim dizer “ex ante”, revestido de possíveis conhecimentos superiores ao do autor da conduta, conhecimentos estes entendíveis como especiais, concebe consigo uma possibilidade de ocorrência de dano (GRECO, 2004, p. 116).

Didaticamente, o próprio Claus Roxin cuidou de exemplificar o que seria este risco proibido:

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio (ROXIN, 2002, p. 3).

Partindo-se deste entendimento, é penalmente aplicável este mesmo raciocínio nos casos de condutas neutras. Isso porque, esta também, em tese, podem criar riscos, que poderão ser considerados proibidos.

Por razões óbvias, a discussão poderá girar em torno da possível responsabilização por cumplicidade, através de uma conduta cotidiana. Destaca-se isso porque, no exemplo ante elucidado do advogado que recebe honorários de origem ilícita, notoriamente este causídico não realizaria o tipo objetivo de lavagem de dinheiro, que demandaria a “ocultação” ou “dissimulação” da natureza, origem, movimentação ou propriedade de bens e/ou valores.

Neste primeiro ponto, sequer haveria de se falar, no ato de percepção dos honorários, em realização dos verbos que compõem o núcleo do tipo, mormente porque o ato, em si, nos moldes aqui propostos, demandaria emissão de Nota Fiscal e, conseqüentemente, pagamento dos tributos devidos, com a indicação da fonte pagadora. Portanto, estas ações jamais e em hipótese alguma acarretariam ocultar ou dissimular o que quer que seja, pois, como dito, a origem e destinação do dinheiro estará indicada nos órgãos oficiais de controle e fiscalização.

Dito isto, a única forma de responsabilização deste profissional seria por meio de uma norma de extensão incriminadora, colocando-o como partícipe do delito de lavagem.

De toda sorte, não se preencherá qualquer tipo objetivo, posto que a conduta deste advogado não é capaz de criar ou incrementar riscos proibidos e nem de, tampouco, concretizar com eventual cumplicidade a realização de um tipo penal.

Dento desse contexto, ainda que se admita que este profissional, para que a compreensão do tema proposto se encerre dentro do exemplo, tem o conhecimento especial de o dinheiro é fruto de atividade delituosa, o ato de sua percepção em contraprestação a um serviço prestado não é dotado de qualquer desvalor da ação que gere um risco desaprovado juridicamente, tampouco lesaria algum bem jurídico.

Admitir que esta conduta seria capaz de gerar ou aumentar eventual risco desaprovado, implicaria em afirmar, também, que este cliente que remunerou o advogado com dinheiro oriundo de atividade delituosa também estaria impedido de realizar qualquer outro negócio da vida privada.

Isso porque, qualquer outro negócio que realizasse com terceiros, típicos de uma vida ordinária como, por exemplo, pagar uma corrida de taxi, adquirir roupas, hospedar-se em um hotel, alimentar-se em restaurantes etc., todos estes atos seriam remunerados igualmente com dinheiro fruto de atividade infracional, de sorte que todos esses prestadores de serviços também poderiam ser enquadrados como partícipe.

No particular, vale lembrar a “prognose póstuma-objetiva” ressaltada por Luis Greco (2004, p. 116), principalmente no ponto em que o recebimento de honorários advocatícios nunca seria capaz de promover um dano.

Assim, a discussão da realização do tipo objetivo desvela, também, como mais um conceito a ser implementado como justa causa penal material.

4. JUSTA CAUSA PENAL MATERIAL. LEGÍTIMO E NECESSÁRIO FILTRO PARA CARACTERIZAÇÃO DO INJUSTO PENAL

O termo justa causa existe em diversos ramos do direito e possui, em cada esfera, uma denotação diferente. De logo, é preciso que se diga que a denominação justa causa não é estranha ao direito penal, mas é utilizada em sentido diverso do que se propõe neste trabalho. A mencionada intitulação é vista no direito material em, pelo menos, cinco ocasiões, nos artigos 153⁷, 154⁸, 244⁹, 246¹⁰ e 248¹¹ do Código Penal. Em todos os casos, tem-se uma conduta que precisa de uma valoração da expressão “sem justa causa”.

Apenas à título meramente ilustrativo, a justa causa mencionada no artigo 154 do Código Penal diz respeito a situações que “sem apresentarem os requisitos genéricos de exclusão de ilicitude possam, entretanto, reputar-se humanamente aceitáveis. Consiste, de acordo com a doutrina, no consentimento do ofendido, no dever jurídico de revelar um segredo, no estado de necessidade, no exercício regular de um direito, na defesa de um interesse legítimo em face do dono do segredo, e no interesse científico (MOURA, 2001, p. 115). Esses tipos penais somente se aperfeiçoam, na antijuridicidade, pela constatação da violação da norma especial, consistindo, a inexistência da justa causa, como elemento integrante do crime (MOURA, 2001, p. 114).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001, p. 114) explica que, em sentido amplo, a doutrina entende que o sentido de justa causa na intitulação acima trazida reflete a “toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica”. Em outras

⁷ Código Penal, artigo 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

⁸ Código Penal, artigo 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

⁹ Código Penal, artigo 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

¹⁰ Código Penal, artigo 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

¹¹ Código Penal, artigo Art. 248 - Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

palavras, é uma justificativa, conforme o direito, que torna a conduta aceitável, legítima. Ou seja, um elemento que, quando existente, torna o fato atípico.

A proposta de justa causa nesse trabalho diferencia-se da definição usualmente utilizada no direito material, assemelhando-se à denotação utilizada no campo processual. Será, portanto, a busca da justa causa para, com isso, tornar o fato de um indiferente para uma conduta ilícita e punível, analisada sob a perspectiva da teoria do delito.

A análise dos diversos conceitos até então existentes, nos dois ramos do direito, da denominação justa causa força a conclusão de que, em cada ramo da área jurídica, a expressão detém uma utilização singular, distinta e até mesmo inconfundível.

Todavia, em todas as considerações, foi possível verificar uma semelhança: a justa causa serve como meio de proteção contra o abuso do Direito, assumindo uma função de mediação entre a realidade social e a jurídica.

A significação de justa causa que se pretende adotar traz o mesmo ponto comum, pois tende a funcionar como mais um filtro à arbitrariedade do Estado, possibilitando a rejeição de imputações temerárias e levianas, preservando inocentes contra acusações injustas. Nesse sentido:

A finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. (...) Diante do caráter infamante e apenado o simples “estar sendo processado”, seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um crime, sem que houvesse uma mínima base probatória quanto à existência de crime e de autoria delitiva. Isto é, sem que houvesse elementos, normalmente colhidos no inquérito policial, a indicar que a ação penal não é temerária. Ilusória seria o “Estado de Direito” em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar (BADARÓ, 2009, p. 141)

Objetiva-se, então, que a justa causa penal seja uma condição para possibilitar que determinado fato da vida deixe de ser um indiferente ao direito para tornar-se uma conduta ilícita passível de investigação, processo e posterior punição, a ser verificado desde o conceito analítico do crime, com a presença de todos os elementos essenciais, provenientes da visão estratificada do fato punível.

Isto é, ao invés de representar uma justificação para a conduta, para, quando existente, tornar o comportamento conforme o ordenamento jurídico, como já se utilizava no direito material, a justa causa aqui representa a confirmação de que, quando da subsunção do fato à

norma, todos os elementos do crime estão presentes no caso concreto, para, apenas com a sua existência, poder-se dizer que determinada ação representa um ilícito penal culpável e punível.

Sendo assim, se a “causa” for consonante ao direito, legitima a coação estatal. Para o processo penal, deve o legislador exigir de os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Portanto, deve existir causa legítima para a coação estatal, que deve ser analisada à luz do conceito de analítico do crime, o que não se vislumbra no ordenamento jurídico atual.

4.1 O hiato legislativo no Processo Penal

Cinco dispositivos¹² processuais penais no ordenamento jurídico pátrio utilizam o termo justa causa. Contudo, nenhum deles possibilita a compreensão satisfatória do conceito, do sentido e do alcance pretendidos pelo legislador (CARVALHO, 2004, p. 1).

Diante da ausência de textos legais mais precisos, a doutrina e jurisprudência cuidaram de buscar os contornos e a moldura do instituto. É nessa projeção, que, enquanto a doutrina e a jurisprudência avançaram em preencher a lacuna deixada pelo legislador acerca da figura da justa causa como instituto do direito processual penal à luz da legislação infraconstitucional e constitucional, por outro lado, o instituto da justa causa como conceito utilizável no direito penal material, nos moldes os quais aqui se propõe, ficou esquecido, em estado de latência.

Eduardo Espínola Filho (*apud* CARVALHO, 2004, p.04) ao definir o instituto da justa causa, disse que “a falta de criminalidade do fato que se imputa ao paciente é o caso típico de falta de justa causa”.

Nessa esteira, e, face a ausência de taxatividade estrita das limitações de definição do instituto, por que não transmutar a justa causa para o direito penal material para, de posse do mesmo sentido *latu* do termo, utilizá-lo na análise preliminar do conceito analítico de crime?

¹² Código de Processo Penal, artigo 648 – A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa para ação penal. Lei de Imprensa, artigo 44, §1º- A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal e Lei nº 10.409/2002, artigo 39 – Observando o disposto no artigo 43 do Código de Processo Penal, a denúncia também será rejeitada quando: II – não houver justa causa para a acusação.

O resultado das transmutações de sentido, ditados pela dinâmica social, o direito a ela se adapta e, conseqüentemente, aguça o conhecimento das pessoas sobre o seu real sentido. (CARVALHO, 2004, p. 24).

Vale mencionar que a dogmática jurídica, entre tantas vertentes, pode ser delimitada como um meio de investigação amplo do direito, permitindo, assim, a expansão de possibilidades interpretativas e de crítica.

O papel do direito, mormente a complexidade das relações sociais é ser instrumento de transformação na ordem legal, transcendendo a missão exegética da dogmática. Mesmo assim, muitos juristas, seja por conveniência acadêmica ou comodidade intelectual, permanecem inertes, limitando-se ao sentido comum teórico e ideias preconcebidas, consistindo em pré-juízos às partes, que muitas vezes sofrem ações penais penosas e demoradas, para só, ao final, serem beneficiados com uma decisão absolutória (CARVALHO, 2004, p. 22).

À título exemplificativo, cite-se questão já mencionada neste trabalho, fato aventado em muitas doutrinas, de que o processo penal brasileiro se encontra, mesmo atualmente, nos dizeres de Marco Aurélio Nunes da Silveira (2016, p. 13) maculado por muitos ranços provenientes da teoria unitária do processo, que lhe impõe uma dogmática fundada em matrizes processuais civis. Por essa razão, aquilatar o quanto isso contribui – ou não, para o desenvolvimento científico do direito processual penal é tarefa essencial para evolução do ramo. Da mesma forma, o direito penal não pode engessar-se, devendo, para sua renovação e respeito máximo às garantias, absorver tudo que o aperfeiçoe.

O conceito de justa causa penal é um exemplo prático da necessidade e benefícios em sua aplicação. Respeitar-se-á, diversos princípios caros ao ordenamento jurídico, a exemplo de fragmentariedade, intervenção mínima e, ainda, dignidade da pessoa humana.

Em termos de sistematização científica, há ainda muito a ser feito para o desenvolvimento do direito penal e processual penal. A conclusão é a que cabe aos juristas, mediante exercício da dogmática, posicionarem-se criticamente acerca do real conteúdo, alcance e sentido das normas, não na intenção de estabilidade jurídica, mas para adequar a realidade social, aos princípios constitucionais, efetivando-os e despindo-se de ideias preconcebidas, que apequenam o alcance e sentido da norma (CARVALHO, 2004, p. 24).

O direito material e processual penal, inicialmente, representam entraves ao poder punitivo estatal e à sua arbitrariedade, uma vez que impõem ao Estado, para que este atinja a punição que

objetiva, a obediência de diversas regras procedimentais, que cuidarão de certificar ao suposto autor de um fato punível o devido processo legal, no qual respeita-se as garantias constitucionais. A estagnação dogmática ou o imobilismo exegético, por outro lado, montam um ônus aos acusados.

Sendo assim, aplicar na análise da conduta o instituto da justa causa, para averiguar a inocência de um indivíduo, diante da inexistência da prática de um ato ilícito e culpável, até mesmo durante um inquérito policial e anteriormente a eventual ação representa uma maior utilidade ao processo, o respeito ao sujeito e ao caráter de subsidiariedade da matéria penal.

E não é só. A verificação da existência da justa causa no caso concreto, acarreta também o desvencilhamento do formalismo puro, ou seja, da mera subsunção do fato à norma, em que a análise redundante da existência ou não de uma descrição legal, para o fato considerado em si mesmo, no qual existe caracterizada uma situação de vida real.

4.2 Definição de justa causa penal e sua importância

Plínio de Oliveira Corrêa (1998, p.03) define justa causa como:

Por conseguinte, - justa causa, considerada isoladamente em cada caso, equivaleria a uma excludente a mais no elenco de especificações do artigo 23 do Código Penal; e, visualizada de forma genérica, compreenderia todas as excludentes englobadamente, equiparando-se, assim, ao instituto da inexigibilidade de conduta diversa, concebida doutrinariamente e valorizada na legislação penal e processual penal militar (art. 39, in fine, CPM c/c art. 439, letra "d" CPPM).

Espelhando-se nessa definição, a ausência de justa causa, quando transportada para o direito penal, seria conceituada como ausência de autoria e materialidade averiguadas dentro do conceito analítico de crime.

Ou seja, ao invés de analisar a prova em si, examina-se a ação e a sua subsunção aos elementos do crime, sendo estes a conduta, o tipo, a ilicitude, a punibilidade e a culpabilidade, de modo que todo e qualquer elemento que interferir no conceito analítico do crime, tornará a conduta um indiferente penal, em face da ausência de justa causa.

Ou seja, objetiva-se, em síntese, que o conceito de justa causa perpassasse as noções de teoria do delito para chegar-se ao crime perfeito, com a presença de todos os elementos exigidos e, ainda,

sem a existência de causas que deslegitimem a interferência do Estado, à exemplo das destipificantes, justificantes, exculpantes e extintivas de punibilidade.

Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 74) escreve que a ciência do direito penal se preocupa essencialmente com definições operacionais do fato punível, que são capazes de indicar os pressupostos de punibilidade das ações descritas na lei penal como crimes, e, ainda, funcionam como critério de racionalidade da jurisprudência criminal, e, acima de tudo, contribuir para a segurança jurídica. É justamente em razão do exposto, que nada mais lógico do que a justa causa penal perpassa pelas definições analíticas de crime.

Prosseguindo na mesma lógica de pensamento, Sérgio Demoro Hamilton (1997, p. 93) leciona que a justa causa, no Projeto nº 633/75, do Código de Processo Penal, exigia, para sua existência, o preenchimento de dois requisitos, um subjetivo e outro objetivo. Enquanto o primeiro dizia respeito a um “fundamento razoável” para a acusação, a segunda seria a falta do preenchimento de uma “condição de procedibilidade”.

Partindo dessa interpretação, da mesma forma que a ausência de uma condição de procedibilidade obsta o ingresso ou prosseguimento da ação penal, a presença manifesta de elementos que retiram a tipicidade, excluem a ilicitude e exculparam o comportamento, representariam a falta de justa causa na ação para torná-la um comportamento desviante, carecedor de uma intervenção estatal, o que deveria ser analisado de imediato.

Consubstanciando a definição aqui sugerida para justa causa penal, Vicente de Paulo V. Azevedo (*apud* CARVALHO, 2004, p. 7) entende que não haverá justa causa quando o fato descrito da peça de acusação e considerado delituoso, não constituir um crime.

Já Salvatore Sangiorgi (*apud* MOURA, 2001, p. 99) assevera que a justa causa consiste num “antídoto” do abuso causado pelo exercício discricionário dos direitos potestativos, superando a desumanização da relação jurídica.

Ou seja, aplicar a justa causa no direito material representaria um meio contra as perseguições criminais arbitrárias. Revela-se, portanto, como uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica (MOURA, 2001, p. 99). Em outras palavras, seria uma espécie de filtro para diferenciar as condutas que seriam tidas com desviantes ensejadoras de uma reprovação do Estado ou meros atos da vida, desprovidos de punibilidade.

Maria Thereza de Assis Moura, (2001, p. 176) promove, ainda, um conceito processual penal abrangente de justa causa, definindo-o como uma causa conforme a ordenação jurídica, ou

conforme o direito, que torne lícita a coerção e, quando ausente, autorize a impetração de habeas corpus para sanar o constrangimento ilegal, na forma do art. 648, I, do Código de Processo Penal.

Em seu entendimento a justa causa para a ação penal não configura uma mera condição, mas a falta de qualquer condição implica na falta de justa causa. Nesse aspecto, a justa causa representa uma justa razão ou razão suficiente para a instauração da ação penal e não se faz apenas abstratamente, mas na conjugação de diversos elementos, para demonstrar a existência de fato e de direito, a partir de cada caso concreto (MOURA, 2001, p. 223).

Analogamente, o direito material penal também carece desse mesmo conceito de justa causa para, com isso, exigir das ações a existência de todos os elementos de legitimação para elevá-las de um indiferente penal à um fato punível.

Como bem relembra Gustavo Badaró (2009, p. 141), inegavelmente a justa causa se conecta ao fato criminoso e sua autoria, não bastando a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime, como comumente se exige na justa causa processual, pela análise da prova.

Importante salientar que o conceito proveniente do processo penal, abalizado por parte da doutrina, de justa causa como exigência de um mero fato típico para a sua caracterização, já é utilizado no inquérito policial. Alguns tribunais, já manifestam o entendimento de que a instauração de inquérito para a imputação de fato que não configuram um fato típico, caracteriza um constrangimento ilegal pela falta de justa causa (MOURA, 2001, p. 267)

No entanto, sugere-se, neste trabalho, estender as exigências para a configuração da justa causa penal para além da tipicidade, mas também estendê-las para a ilicitude, culpabilidade e punibilidade. Ora, se, de logo, se verificar, que o processo não possui resultado útil, face a existência de algum elemento que desnatura o conceito analítico do crime, o processo demonstra-se um ato processual inútil.

Em suma, a justa causa para o direito material representaria uma justa razão para tornar legítimo o interesse do Estado em tornar a conduta de determinado agente como um interesse penal, que deve ser analisada desde o conceito analítico do crime ao invés de limitar-se à superficial análise da prova.

Registre-se, outrossim, que o revogado artigo 43 do Código de Processo Penal traceja uma definição para justa causa penal, quando dispõe que a petição inicial que dá ensejo à ação penal deverá ser rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime.

Ora, interpretando o já não mais aplicável dispositivo de lei, não sob o viés do “*pro societate*”, mas, aos olhos do conceito analítico do crime, extrai-se que não haverá justa causa para oferecimento e posterior prosseguimento da ação penal quando algum dos elementos que formam o crime não estiverem presentes no caso concreto. Neste sentido, diante da presença de destipificante, justificante, exculpante e excludente/extintiva de punibilidade, não haverá justa causa penal.

Portanto, justa causa não se limitaria à mera subsunção do fato à norma na análise superficial dos elementos de prova, representando mais uma barreira para ações penais inúteis, com a *persecutio criminis* se prologando para, ao final, chegar-se ao mesmo resultado prático: a não responsabilização do réu.

A razão de ser deste trabalho assemelha-se à justificativa de novas teorias, à exemplo da tipicidade conglobante, para o direito penal material. As teorias do direito penal, carecem de evolução e atualização, evitando-se, com isso, tornar o ramo do direito obsoleto.

No direito penal, por óbvio, representa uma revolução evitar mais rapidamente a interferência penal em casos que essa não é necessária. É nessa projeção que, da mesma forma que algumas *celeumas jurídicas* eram antes resolvidas pelo estrito cumprimento do dever legal, posteriormente, passaram a ser explicadas pela tipicidade conglobante, uma teoria mais atualizada, que solve a questão da inexistência de crime já na tipicidade.

A tipicidade conglobante, de autoria de Eugenio Raúl Zaffaroni (2010, p. 159), representa um dos aspectos da tipicidade penal, subdivida em tipicidade legal e tipicidade conglobante, traduzida na inadequação do fato a normas extrapenais. É por meio desta que se verifica se o fato, que aparentemente viola uma norma penal incriminadora, é permitido ou incentivado por outra norma jurídica.

A partir da utilização da tipicidade conglobante, determinadas situações, que antes eram vistas como típicas e só eram solvidas mediante aplicação das excludentes de ilicitude, passaram a ser tratadas como atípicas devido à ausência de tipicidade conglobante, extinguindo desde o seu nascedouro, o interesse da conduta para o direito penal.

Convém registrar que a tendência moderna é justamente enxertar no conceito de tipicidade diversas questões, e esse sempre foi o rumo da história. Dolo e culpa, por exemplo, quando projetadas, estavam inseridas dentro da culpabilidade, quando Hans Welzel (2011, p. 74), deslocou os elementos para a tipicidade.

A noção de trazer carga material para a tipicidade foi - e continua sendo – uma noção de necessidade, de garantia, de sorte que, para a justa causa penal o fundamento é semelhante, mesmo porque a utilização da teoria da tipicidade conglobante é meio de verificação mais eficaz para a justa causa penal.

4.3 Justa causa penal e a Teoria do Delito

A dogmática jurídico-penal é a disciplina que orienta a forma de aplicação e a interpretação das normas penais, tendo, como principal objeto de estudo a teoria geral do delito, que serve como meio de identificação e delimitação dos pressupostos gerais da ação punível e os requisitos para sua imputação (BITENCOURT, 2012, p. 253).

Ou seja, é baseada na teoria do delito que um determinado comportamento humano é analisado para, mediante o preenchimento de diversos requisitos, tornar-se um fato punível.

Na ótica tradicional de Hans Welzel (2011, p. 73) a tarefa da teoria do delito é a determinação do conteúdo das normas proibitivas e mandamentais, no objetivo de alcançar o máximo desenvolvimento de seus elementos e da compreensão de seu alcance, enquanto que para a doutrina de vanguarda, abalizada por Juarez Tavares, a teoria do delito só terá sentido quando seus critérios delimitarem o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção ao sujeito (TAVARES, 2018, p. 27).

Acrescente-se, também, que Juarez Tavares (2018, p. 30) entende que dois dos deveres mais importantes da teoria do delito são justamente o de confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica, para impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada do delito e o de definir os fundamentos pelos quais possam ser excluídos da atuação punitiva os penalmente irrelevantes.

Adotando-se a posição da corrente crítica, se é com base na teoria do fato punível que se vislumbra a necessidade da interferência deste ramo do direito subsidiário e fragmentário, pode-se afirmar que a justa causa não pode limitar-se à análise de autoria e materialidade nos elementos de prova, na qual verifica-se a tipicidade formal da ação, devendo, primariamente, ser verificada à luz do conceito analítico de crime posto que é justamente diante da visão estratificada do fato punível que é possível encontrar se a conduta é considerada um delito, mediante a presença de todos os elementos exigidos em lei.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 253) diz que somente através da esmerada compreensão dos elementos que determinam a relevância penal de uma conduta, e das regras que estabelecem quem, quando, e como deve ser punido, será possível exercitar a prática do Direito Penal.

Claus Roxin (2002, p. 10), defende, desde 1970, o emprego do pensamento sistemático, e enumera diversas vantagens para esta forma de pensar o direito, entre elas a facilitação do exame de casos, pois, o aplicador do direito, deparando-se com um caso concreto, irá examinar cada requisito do crime de modo ordenado. É o que Eugenio Raúl Zaffaroni (2015, p. 20) chama de visão estratificada do direito.

Ora, se no pensamento da melhor doutrina, a exemplo de Juiz Flávio Gomes (2003, p. 2), a teoria do fato punível deve ser elaborada a partir das finalidades do direito penal, de proteção de bens jurídicos, de estabelecer um conjunto de garantias frente ao *ius puniendi*, de reduzir a violência social e estatal, é de uma obviedade gritante e clareza solar que a justa causa para a interferência penal deve ser, de logo, analisada à luz dos elementos imprescindíveis para configuração de um delito, ou seja, das categorias sistemáticas do crime.

O delito não representa, apenas e tão somente o desvalor de uma ação, o seu maior fundamento é, na verdade, para o desvalor do resultado, a produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico.

Nessa esteira, não é suficiente verificar a autoria e materialidade de um crime nos elementos de prova até então colhidos, por se tratar de uma averiguação formal e rasa, devendo os órgãos do sistema penal, a dizer, Ministério Público, Judiciário e Polícia, buscarem a justa causa sob a ótica do conceito analítico do crime.

Acerca das categorias do delito, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 75) escreve que:

A dogmática penal contemporânea trabalha com duas categorias elementares do fato punível: o tipo de injusto e a culpabilidade. Essas categorias elementares concentram todos os elementos da definição analítica de fato punível, mas a operacionalização da definição analítica requer o desdobramento daquelas categorias gerais nas categorias mais simples que as constituem: a) o conceito de tipo de injusto constituído pela existência concreta de uma ação típica e antijurídica, está na base da controvérsia entre os modelos bipartido e tripartido de crime; b) o conceito de culpabilidade alcançou um relativo consenso, constituído de capacidade penal, de conhecimento do injusto (real ou potencial) e de exigibilidade de comportamento diverso.

Necessário, então, o estudo das categorias sistemáticas do delito.

As categorias sistemáticas do delito: breve escopo histórico ao estudo do conceito atual, tripartido de delito.

Existem diversos conceitos de crime, dentre os principais, o conceito material, formal e analítico.

O conceito formal tem o objetivo de orientar o operador do direito penal, na tarefa de identificar, no ordenamento jurídico, quais são os ilícitos penais. Neste enfoque, crime é definido como ato punido com sanções penais, sendo estas penas ou medidas de segurança (ESTEFAM, 2018, p. 281).

Ocorre, porém, que o tipo penal resultante da operação legislativa não se restringe aos aspectos formais do delito, que se consubstanciam meramente na descrição da conduta humana, por se demonstrar uma definição precária diante da natureza teleológica do direito penal (SIQUEIRA, 2009, p. 61).

Com efeito, o crime deve ultrapassar, quando da construção de sua definição e enquadramento, o seu aspecto formal, meramente descritivo, para alcançar, em seu conteúdo fático, a busca da realização de seu fim, a tutela de um valor, o objeto jurídico eventualmente exposto a dano ou a perigo de dano, e o dado axiológico a corporificar-se na base apenas descritiva. Com isso, alcança-se uma visão material, do fenômeno jurídico crime (SIQUEIRA, 2009, p.62)

Este é o conceito material do delito, que visa limitar a função seletiva do legislador de escolher quais condutas quer criminalizar. Sob essa ótica, André Estefam (2018, p. 282) define o crime como: toda ação ou omissão consciente e voluntária, que, estando previamente definida em lei, cria um risco juridicamente proibido e relevante a bens jurídicos considerados fundamentais para a paz e o convívio social.

É justamente o conceito material de crime que possibilita explicar o motivo de punir determinadas condutas – e outras não, dada a natureza fragmentária e de *ultima ratio* do direito penal, uma vez que isso só foi possível diante de uma visão material do crime. Portanto, para aplicar o direito penal a determinada conduta formalmente tipificada como crime, é necessário que essa ação projete reflexos necessários a justificar a atividade persecutória (SIQUEIRA, 2009, p. 62).

Há, por fim, o conceito analítico do crime, que se traduz, em um consenso majoritário da doutrina, em fato típico, antijurídico e culpável, e é composto por três realidades juridicamente

valoradas, sendo estas a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade. Esta posição é defendida por Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 266).

Já André Estefam, (2018, p. 192) defende a teoria bipartida do delito, na qual o crime é conceituado como fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto de aplicação de pena.

Luis Flávio Gomes (2003, p. 2), inaugurando uma concepção diferente de todas as demais, defende uma visão macrossistêmica de crime, no qual o fato punível é constituído de duas categorias básicas, sendo a primeira um fato contrário ao direito e previsto em lei (injusto penal); e um segundo plano de sancionabilidade penal.

Tem-se, então, dois níveis de valoração do fato punível, que pressupõe dois subníveis, tornando um sistema que, a princípio seria bipartido, para depois se tornar quadripartido (GOMES, 2003, p. 2).

O injusto penal divide-se em fato típico e antijurídico, enquanto a categoria de sancionabilidade penal, traduzida em punibilidade em sentido amplo, exige a culpabilidade do agente e a punibilidade em sentido estrito do fato.

Como não pode ser entendido como crime uma conduta que não merece reprovabilidade, este trabalho adota a corrente na qual a culpabilidade é integrante do conceito de crime. Da mesma forma, a proposta de Luis Flávio Gomes (2003) também não é aqui ecoada pois a impossibilidade de aplicação de uma sanção ao agente não descriminaliza a conduta desviante por ele praticada.

André Estefam (2018, p. 287) explica que o conceito analítico de crime exige a construção de um sistema penal, para esclarecer qual a posição ocupada por cada um dos elementos e suas maneiras de interação.

A atual configuração é uma evolução de conceito clássico de delito, que remonta ao final do século XIX e início do século XX, elaborado por Franz Von Liszt e Ernest Beling, com contribuições de Gustav Radubruh. (ESTEFAM, 2018, p. 289)

Representava, antes, um movimento corporal (ação), produzindo uma modificação no mundo exterior (resultado). Tratava-se de uma estrutura simplória fundada num conceito de ação naturalístico, traduzido num movimento corporal cego, que vinculava a conduta ao resultado através do nexo de causalidade (BITENCOURT, 2012, p. 265).

A concepção clássica de delito dispunha de uma separação entre o aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade.

A ação era um conceito puramente descritivo, tida como uma intervenção muscular produzida por energias de um impulso cerebral, prescindindo de um vínculo psicológico na realização do fato típico, notadamente por se exaurir no próprio nexos causal, na relação de causa e efeito do comportamento desviante o seu resultado material.

A tipicidade era o caráter externo da ação, compreendido como os aspectos objetivos do fato descrito em lei (BITENCOURT, 2012, p. 266).

A antijuridicidade, por sua vez, também representava um elemento objetivo e implicava em um juízo de desvalor, isto é, uma valoração negativa da ação puramente formal, cuja verificação limitava-se a uma conduta típica sem causa de justificação (BITENCOURT, 2012, p. 266).

A culpabilidade, último elemento, era o único que possuía alguma carga valorativa. Era o aspecto subjetivo do crime, mas puramente descritivo, notadamente por apenas se limitar a comprovação da existência do vínculo subjetivo – dolo ou culpa - entre o autor e o fato. (BITENCOURT, 2012, p. 266)

A culpabilidade era vista como a imputabilidade, entendida como a capacidade do sujeito ser culpável, como um pressuposto verificado pela constatação dos requisitos objetivos (ESTEFAM, 2018, p. 292).

Em síntese, para os penalistas do sistema clássico o crime era formado por dois aspectos: o objetivo, formado pelo típico – ação acrescida de tipicidade – e pela antijuridicidade e outro subjetivo, integrado pela culpabilidade (ESTEFAM, 2018, p. 290).

A grande crítica ao conceito clássico é que essa orientação objetivava resolver os problemas jurídicos nos limites do direito positivado e sua interpretação, dando, como consequência, um tratamento formal ao comportamento humano tido como delituoso.

A formulação clássica sofreu alterações, influenciada pela filosofia neokantista¹³, fazendo surgir, em seguida, o conceito neoclássico de delito, em 1907.

¹³ O neokantismo procura dar fundamento autônomo às ciências humanas, ao invés desubmetê-las ao ideal de exatidão das ciências naturais. (ESTEFAM, 2018, p. 294)

Na definição neoclássica, todos os elementos do conceito clássico sofreram alterações.

A tipicidade teve afastada os fatores puramente objetivos, em razão da descoberta dos elementos subjetivos do tipo (BITENCOURT, 2012, p. 267).

Na antijuridicidade, que antes representava a mera contradição formal a uma norma jurídica, passou a ser concebida sob um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social, o que possibilitou graduar o injusto com base na gravidade da lesão produzida, de modo que, não existindo lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado de antijurídico (BITENCOURT, 2012, p. 267).

A culpabilidade também teve alterações, recebendo a reprovabilidade, definida como formação de vontade contrária ao dever. Neste sentido:

A aplicação de uma pena somente se justifica quando o agente podendo agir de outro modo, decidiu cometer o crime. Não seria justo, por outro lado, impor a pena se o sujeito, no momento do fato, não possuía condições psicológicas de comportar-se de maneira distinta (dadas as pressões externas irresistíveis que sofrera). Não se pode considerar reprovável (ou culpável) o ato de alguém que, nas circunstâncias concretas, agiu da forma como qualquer pessoa mediana, em face da situação, teria agido. (ESTEFAM, 2018, p.294)

Surgiu, assim, para a culpabilidade, exigibilidade de conduta diversa, para ser somada aos demais elementos de imputabilidade e dolo e culpa.

Em síntese, no sistema penal neoclássico, o crime era definido com injusto culpável, O injusto mantinha sua carga objetiva, enquanto a culpabilidade não se restringia mais ao liame psicológico que ligava o autor do fato, mas era também compreendido com a constatação da reprovabilidade do ato praticado pelo agente (ESTEFAM, 2018, p. 296).

A crítica ao sistema neoclássico é que, em determinadas situações, era necessária a análise subjetiva para verificar a existência de um injusto penal, de modo que não é correto afirmar que o este é puramente objetivo, como permaneciam defendendo os adeptos à teoria neoclássica.

Posteriormente, em 1931, surge o conceito finalista da ação, opondo-se ao conceito causal da ação. A teoria final da ação, criada por Hans Welzel (2011, p. 74), foi responsável por eliminar a separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o injusto naturalístico em pessoal (BITENCOURT, 2012, p. 268).

Hans Welzel (2011, p. 74) cria o conceito de ação depois de ter constatado que “todo o comportamento humano é movido por uma finalidade”.

Dessa constatação empírica de que ninguém age sem ter, por detrás, uma intenção, por mais singela que seja, Welzel reformulou o conceito de ação e de dolo; além disso, reestruturou diversos elementos da teoria do delito. Sendo a intenção a espinha dorsal da conduta, não se pode analisar a ação humana sem perceber o intuito que a moveu. Nos sistemas anteriores, a conduta era desprovida de qualquer finalidade, pois o dolo somente era estudado no campo da culpabilidade (ESTEFAM, 2018, p. 299).

Com base nestas compreensões, que surgiu a teoria finalista da ação, que passou a ser compreendido como um comportamento humano, consciente e voluntário, movido a uma finalidade orientada para a realização de um resultado lesivo (GONZAGA, 2011, p. 2).

A maior contribuição do finalismo foi a retirada de todos os elementos subjetivos da culpabilidade, promovendo-a para uma concepção puramente normativa, concentrando na culpabilidade as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2012, p. 269).

A culpabilidade passa a ser integrada apenas por elementos normativos, sendo esses a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, de modo que a culpabilidade passa a ser considerada como um juízo normativo de censura (GONZAGA, 2011, p. 2)

Dolo e culpa, por sua vez, foram deslocados para o injusto, levando, com isso, a finalidade para o centro, umbilicalmente relacionada à conduta.

Apesar de se reconhecer que a o finalismo representou uma grande evolução, quando comparado ao conceito clássico, aquele não está livre de críticas, pois o finalismo não deixou de estabelecer uma visão estritamente ontológica do fenômeno comportamental humano, prejudicando a análise da norma penal sob o aspecto constitucional e político criminal (GONZAGA, 2011, p. 3).

Por fim, chegou-se ao sistema funcionalista, dividido em funcionalismo radical, de Gunther Jakobs e funcionalismo moderado, de Claus Roxin (2002, p. 2), dentre os quais desenvolveu-se a teoria da imputação objetiva. A diferença na concepção dos autores reside na forma de enxergar o direito penal. Enquanto para o primeiro trata-se de garantia de eficácia da norma, para o segundo, representa uma proteção subsidiária de bens jurídicos (ESTEFAM, 2018 p. 289-306).

O funcionalismo vai além do finalismo, pois preceitua que um sistema penal não deve se limitar a cuidar da dogmática, no sentido de “conhecer, definir, estruturar e inter-relacionar os elementos que integram o conceito analítico de crime”, propiciando uma aplicação segura e previsível do direito penal, devendo ir além de um sistema harmônico e previsível, para ser justo, isto é, política criminalmente satisfatório (ESTEFAM, 2018, p. 304).

Claus Roxin (2002, p. 58), adepto ao funcionalismo, ensina que:

A partir da unidade sistemática entre política criminal e dogmática penal, a teoria do crime estrutura-se de modo que todas as “categorias concretas do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) devem sistematizar-se, desenvolver-se e contemplar-se desde o início sob o prisma de sua função político-criminal, e não segundo prévios ontológicos.

A imputação objetiva é uma das principais filhas desse sistema penal, condicionando à imputação de um resultado à criação de um perigo não permitido dentro do alcance do tipo. Ou seja, trata-se de um conjunto de pressupostos jurídicos que condicionam a imputação de um resultado jurídico a um determinado comportamento penalmente relevante.

O crime, sob a ótica analítica, é semelhante ao funcionalismo, com um acréscimo: a culpabilidade tem sua compreensão alargada para englobar também para a ideia de responsabilidade, juntando, além da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa, a noção de responsabilidade. (ESTEFAM, 2018, p.307)

Passa-se, agora, à uma análise pormenorizada de cada um dos elementos da estrutura do conceito analítico de crime, na sua concepção tripartida.

4.3.1 Fato Típico

O fato típico é distinto, a depender do elemento subjetivo. Nos delitos dolosos os elementos são a conduta dolosa, a tipicidade, o resultado, o nexos causal e a relação e imputação objetiva.

A conduta, também entendida como elemento da tipicidade subjetiva, é a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade, e tem como elementos principais a exteriorização do pensamento, a consciência e voluntariedade.

O dolo faz parte do estudo do tipo subjetivo nos crimes dolosos, sendo também definido como elemento subjetivo geral. É a vontade consciente e livre de realizar um crime, e é complementado pelos elementos subjetivos especiais, que são as intenções, tendências ou atitudes pessoais, muitas vezes necessários para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos (SANTOS, 2018, p. 140).

A tipicidade, por sua vez, é entendida nas suas concepções formal/objetiva e material, sendo a primeira a relação de subsunção entre um fato da vida e um tipo penal específico, e, no segundo caso, a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente relevante.

Cabe ressaltar que o delito, agora, não significa apenas uma infração ao aspecto imperativo da norma (formal), mas é, sobretudo, a infração em seu aspecto valorativo (material), sendo necessário o juízo de desvalor fundamentado no resultado jurídico (GOMES, 2033, p. 5).

Eugênio Raúl Zaffaroni (2015, p. 2) define a tipicidade como enfrentamento de investigação da antinormatividade da ação, traduzindo-a como a contradição entre a conduta do agente e o conteúdo proibitivo da norma, nos casos dos tipos comissivos, ou, na hipótese de tipos omissivos, da prescrição consubstanciada na norma deduzida do tipo, interpretada de modo conglobado com as demais normas integrantes da legislação vigente.

O nexo de causalidade é o vínculo que une a causa às suas consequências, sendo apenas exigido nos casos em que há produção de um resultado, enquanto nos crimes de mera atividade, a tarefa de atribuição do tipo objetivo é exaurida na subsunção da ação ao tipo legal, já que não existe resultado exterior determinado pela causalidade.

A imputação objetiva serve de completo à relação de causalidade, definida como um processo natural de determinação causal. Trata-se de um processo valorativo de atribuição típica, fundado na teoria da elevação do risco de Claus Roxin (2002, p. 1) e subdivide-se na criação de um risco juridicamente proibido e relevante, na produção do risco no resultado, e que o resultado provocado se encontre na esfera de proteção do tipo penal violado.

Nos crimes culposos, os elementos que compõem o fato típico são muito semelhantes, acrescentando-se, apenas a quebra do dever objetivo e a previsibilidade do resultado, tendo como elementos a conduta voluntária, o resultado involuntário, o nexo causal, a tipicidade, a relação de imputação objetiva, a quebra do dever de cuidado objetivo (imprudência, negligência ou imperícia) e, por fim, a previsibilidade objetiva do resultado.

Registre-se que os elementos acima referidos são uma construção da literatura penal contemporânea, pois, como chama atenção Juarez Cirino dos Santos (2018), o tipo de injusto imprudente está previsto no artigo 18 do Código Penal, cujo texto traz, na verdade, apenas a enumeração das hipóteses de comportamentos culposos. No seu magistério:

Sob qualquer dos conceitos, o tipo de injusto de imprudência é formado por dois elementos correlacionados: a) primeiro a lesão do dever de cuidado objetivo, como criação de risco não permitido, que define o desvalor da ação; b) segundo o resultado de lesão do bem jurídico, como produto da violação do dever de cuidado objetivo ou realização de risco não permitido, que define o desvalor do resultado (SANTOS, 2018, p. 176).

O dever de cuidado consiste na imposição prevista de atuar com cautela para não lesar bens jurídicos alheios, sendo apurada de forma objetiva e externada por meio da imprudência, negligência e imperícia (ESTEFAM, 2018, p. 331).

A compreensão do dever objetivo de cuidado é complementada pela noção de previsibilidade objetiva do resultado, que se traduz na capacidade do sujeito de prever, dentro das condições pré-existentes, se o resultado ocorrerá.

4.3.2 Ilicitude

A antijuridicidade, também chamada de ilicitude, representa a contrariedade do fato com o ordenamento jurídico, por meio da exposição a perigo de dano ou lesão a um bem jurídico tutelado, ou, numa acepção simples, é um juízo de desvalor sobre a conduta, é a censura que recai sobre o caráter ilícito do atuar humano.

Já para o direito penal, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 231) explica que a antijuridicidade é representada pelo tipo de injusto, como contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico, no conjunto de suas proibições e permissões. As proibições são o elemento positivo do tipo de injusto, ou seja, o tipo legal descrito no dispositivo de lei incriminador, enquanto as permissões são os elementos negativos e representam justificações legais e supralegais para escusar a proibição e permitir a ação.

Apesar de ser um dos elementos conceituais do crime, a ilicitude é um atributo geral em relação a toda ordem jurídica, razão pela qual, um fato que é visto como antijurídico pelo direito punitivo, assim permanece sendo em qualquer outro ramo (ALMEIDA, 2003, p. 1).

De acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni (2015, p. 3-20) a antijuridicidade traduz-se na presença da norma proibitiva conjugada à ausência do preceito permissivo, para, ao fim, chegar-se no juízo definitivo da proibição de determinada conduta.

A ilicitude é, ainda, compreendida em sentido objetivo, pois a ilicitude da conduta concreta é estabelecida a partir de um juízo valorativo realizado na lei, na qual verifica-se a proibição de determinada conduta acrescida da ausência da permissão do comportamento em situação específica (ZAFFARONI, 2015, p.21)

Diante de um fato típico e ilícito, temos a antijuridicidade penal, cuja definição é muito bem sintetizada por Luis Flávio Gomes (2003, p.03), ao dizer que não existe antijuridicidade penal sem tipicidade, motivo pelo qual pode-se dizer que o injusto penal nada mais é do que o fato materialmente típico não justificado por nenhuma causa excludente de ilicitude.

4.3.3 Culpabilidade

Trata-se de um juízo de reprovação que recai sobre um sujeito que praticou uma conduta típica e antijurídica, cuja natureza jurídica é dividida na doutrina, constituindo um requisito do crime ou um pressuposto de aplicação de pena.

Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 296) afirma que esse conceito de culpabilidade, representa a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade, sendo definido como: Um juízo de reprovação sobre o sujeito (quem é reprovado), que tem por objeto a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por fundamento (a) a capacidade geral de saber (e controlar) o que faz, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito saber realmente o que faz, e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o poder de não fazer o que faz (porque é reprovado).

André Estefam (2018, p. 284-435) define a culpabilidade como um juízo de censura, de cunho normativo, realizado a posteriori pelo julgador, necessitando, para sua configuração, de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade nada mais é do que a capacidade mental do indivíduo e compreender o caráter ilícito do fato, ou seja, que o comportamento é reprovado no ordenamento jurídico, acrescida à capacidade de determinar-se.

O ordenamento jurídico prevê a imputabilidade nos casos de menoridade, constitucionalmente previsto no artigo 228 da Carta Magna e ratificado no artigo 27 do Código Penal; doença mental ou desenvolvimento incompleto, no artigo 26 do Código Penal; embriaguez completa e não voluntária, no artigo 28, § 1º do Código Penal; e a dependência ou intoxicação involuntária em face do consumo de drogas ilícitas, no artigo 45 da Lei 11.343/2006.

Ademais, deve também, o sujeito, ter consciência do caráter ilícito de sua conduta, uma vez que a aplicabilidade da pena também é sopesada pelo juízo ético de reprovação pelo ato praticado.

Nada obstante, constitui o desconhecimento profano do injusto, ou seja, a ciência de que o agir é proibido na sociedade, o que não se confunde com o desconhecimento da lei. A falta de compreensão do texto legal apenas funde à definição de consciência de caráter ilícito da conduta quando estar-se falando de crimes novos e específicos, que não estão difundidos no senso comum.

O último elemento previsto é a exigibilidade de conduta diversa, pois, para classificar a conduta de um indivíduo como reprovável, necessário que, na situação em que esse se encontrava, fosse possível a adoção de comportamento diverso. Nesse sentido, sem a liberdade de escolha, não é possível impor uma sanção quando ao comportamento, visto que este não fruto de uma opção do agente (ESTEFAM, 2018, p. 452).

4.4 Hipóteses exemplificativas

Do que foi até então abordado, verifica-se que todo elemento que interferem nos elementos do crime implicam na ausência de justa causa. Ou seja, as causas que excluem a conduta, destipificantes, justificantes, exculpantes e extintivas de punibilidade retiram a justa causa penal, não bastando a mera tipicidade aparente do fato e a indicação da autoria do crime, como comumente se exige na justa causa processual para tornar determinada ação punível.

4.4.1 Destipificantes

Elementos destipificantes são aqueles que afastam a tipicidade, seja ela subjetiva ou objetiva.

Quando se fala de tipicidade objetiva, analisa-se os elementos que integram o tipo, e se esses encontram respaldo nos fatos que ocorreram na vida. Ainda é preciso analisar a tipicidade subjetiva, caracterizada pela consciência e vontade.

Por fim, tem-se a imputação objetiva do resultado. Se a ação do autor não cria o risco do resultado ou se o risco criado pela ação não se realiza no resultado, o fato é atípico.

4.4.2 Erro de tipo

O erro de tipo é definido como falsa percepção do agente que recai sobre a realidade que o circunda e, quando ocorre no caso concreto, é um claro exemplo de ausência de justa causa penal, pois incide sempre sobre uma elementar do tipo penal, o dolo, excluindo-o da conduta.

Representa, assim, um defeito na formação intelectual do dolo, que, por sua vez, é comumente definido como “conhecer e querer as circunstâncias de fato do tipo legal”, exigindo o conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal. Caso o sujeito tenha incorrido em erro sobre determinada circunstância de fato do tipo, o dolo é excluído de sua conduta, vez que não existe consciência e vontade (SANTOS, 2018, p. 158).

A título exemplificativo, tem-se os exemplos ordinariamente citados nos livros de doutrina, no qual o agente sai de um supermercado, dirige-se ao estacionamento e ingressa em um automóvel idêntico ao seu e deixa o local. No caso, o motorista, em desatenção, acreditava estar evadindo-se do mercado com seu veículo, quando estava em posse do de um terceiro. Neste caso, o sujeito opera em erro de tipo, com uma falsa percepção da realidade sobre um dado fático elementar do artigo 155 do Código Penal, vez que, na hipótese não se sabia que o bem era de terceiro, mas, na boa fé, acreditava ser coisa própria.

O erro de tipo é um dos exemplos mais rudimentares de ausência de justa causa penal, já que, nos casos, o agente realiza concretamente todos os elementos de um tipo penal incriminador, sem, contudo, perceber.

Registre-se que o erro de tipo se subdivide em erro essencial e erro accidental, sendo que apenas o erro essencial faz jus à ausência de justa causa penal, pois enquanto o erro essencial exclui o dolo, ao retirar do sujeito a capacidade de perceber que comete o crime, subdividindo-se em erro de tipo incriminador e permissivo, o erro accidental, por sua vez, não impede que o sujeito

perceba que estar a praticar um delito. O erro de tipo accidental é compreendido no erro sobre o objeto material, erro na execução e erro sobre o nexos causal.

O erro de tipo essencial exclui o dolo, pois por tratar-se de uma falsa percepção da realidade, retira do agente a consciência e vontade de praticar determinado delito, o que torna a conduta atípica, quando o delito for definido apenas na modalidade dolosa.

Todavia, se o crime prever a sua prática na modalidade culposa, necessário verificar a intensidade do erro, se esse era vencível ou invencível, pois o erro invencível exclui também a culpa.

Esta destipificante, expressamente prevista no artigo 20 do Código Penal é uma manifestação da inexistência de justa causa penal.

4.4.3 Princípio da Insignificância e a Tipicidade Material

O princípio da insignificância tem origem no Direito Romano e funda-se no brocardo de *minimis non curat praetor* (CAPEZ, 2009, p. 1).

Cunhado, no direito penal, por Claus Roxin (2002, p. 6), em 1964, tem a função precípua de orientar a interpretação dos tipos penais, no sentido de valorar a significância das ofensas aos bens jurídicos que se visa tutela, através de uma consideração conglobada da ordem jurídica (KATTAH, 2007, p. 2).

Portanto, valendo-se do referido princípio, são excluídas as infrações de bagatela, em razão do ínfimo desvalor da ação ou do resultado, diante do entendimento de que não cabe, ao direito penal, preocupar-se com condutas inofensivas e que não violem bens jurídicos (CAPEZ, 2009, p. 1).

Este princípio interfere e exclui a tipicidade material, como um instrumento de interpretação restritivo do tipo penal, após constatada a presença da tipicidade formal e conglobante do fato praticado pelo agente, incidindo no exame da conduta do agente, que, por ser insignificante, é incapaz de ofender o interesse jurídico tutelado, não havendo, por consequência, adequação típica.

O princípio da insignificância é uma expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para a sua aplicação, a presença de certas circunstâncias objetivas, sendo essas: a

mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Trata-se de uma aplicação jurisprudencial do que é sugerido neste trabalho como justa causa, posto que, diante da mínima ofensividade da conduta, verificada na tipicidade material, elemento formante do crime, verifica-se que o fato antes tido como formalmente típico não merece a intervenção penal.

Registre-se que o princípio da bagatela encontra eco na jurisprudência, sendo aplicado nos crimes de descaminho, ambientais, e de furto.

Nos crimes de descaminho, em julgado proveniente do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* 96.374, restou o entendimento de ausência de justa causa a ação penal pelo delito supracitado, quando a quantia sonogada não ultrapassar o valor previsto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, que determinava o arquivamento das execuções fiscais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em sentido semelhante, nos delitos ambientais, o Supremo Tribunal Federal entendeu, na Ação Penal 439/SP, que, surgindo a insignificância do ato em razão do bem protegido, impõe-se a absolvição do acusado

Nos crimes de furto, diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já tiveram a oportunidade de se manifestarem, a exemplo do Agravo Regimental no Recurso Especial de nº1043525/SP, e nos *Habeas Corpus* 123.981/SP e 110932/SP.

Nas palavras de Fernando Capez:

Tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana. É possível, assim, concluir que a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente a que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição Federal, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, apenas aqueles que realmente possuem lesividade social. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado (CAPEZ, 2009, p. 4).

Conclui-se que o princípio da bagatela é um importante instrumento que possibilita avaliar se, determinada ação, formalmente revestida como um delito foi capaz de, no caso concreto, revestir-se de conteúdo ontológico para caracterizá-lo como crime.

4.4.4 Adequação social

A teoria da adequação social, pensada por Hans Welzel (2011, p. 74) traz outra possibilidade de ausência de justa causa penal, pela atipicidade do fato, ao inaugurar que ações realizadas no “contexto da ordem social histórica da vida” são ações adequadas socialmente, de modo que, mesmo que encontre correspondência a um tipo penal, permanecem sendo condutas atípicas.

Juarez Cirino dos Santos, em sua obra, traz diversas hipóteses exemplificativas:

As lesões corporais ou homicídios compreendidos nos limites do dever de cuidado ou do risco permitido na circulação de veículos, no funcionamento de indústrias, ou na prática de esportes, por exemplo, não preenchem nenhum tipo legal de lesão, por força de sua adequação social. Igualmente, ações abrangidas pelo princípio da insignificância (*Geringfügigkeitsprinzip*) não são atípicas: a entrega de pequenos presentes de final de ano a empregados em serviços públicos de coleta de lixo ou de correios, em face de sua generalizada aprovação, não constituem corrupção, jogos de azar com pequenas perdas ou ganhos não são puníveis, manifestações injuriosas ou difamatórias no âmbito familiar são atípicas. Se o tipo legal descreve injustos penais, então evidentemente, não pode incluir ações socialmente adequadas (SANTOS, 2018, p. 87).

4.4.5 Ausência de risco ou não criação

Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 136) explica que a imputação do resultado é analisada em dois níveis: “primeiro, a criação de risco para o bem jurídico pela ação do autor; segundo, a realização do risco criado pela ação do autor no resultado de lesão do bem jurídico”. Caso a ação do autor não crie o risco do resultado, ou se o risco criado pela ação do autor não se realizar no resultado, então a conduta imputada ao sujeito é atípica.

A ausência de risco é configurada sempre que o sujeito não cria o risco do resultado ou, também, quando ele reduz um risco preexistente.

A doutrina ensina que, nas situações em que o risco é reduzido, pode-se resolver a matéria sob a ótica de excludente de ilicitude, justificadas pelo estado de necessidade ou pelo consentimento presumido do ofendido. Contudo, adota-se, no presente trabalho, entendimento divergente, vez que não se pode pressupor como típica uma ação que melhora a situação do bem jurídico protegido.

Outrossim, quando a ação do agente cria risco ao resultado, mas não o produz, então a conduta é atípica, notadamente por não se poder imputar o resultado concreto ao autor. São as hipóteses em que o resultado é produto de determinação deferente ou é a substituição de um risco pelo outro.

4.5 Justificantes

As normas proibitivas, compreendidas no princípio da reserva legal, trazem as condutas que, em tese, são tidas como ilícitas no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, mesmo condutas que tipicamente violem normas, podem estar acobertadas por regras jurídicas que reconheçam que, em determinadas situações, com determinadas circunstâncias a ação antinormativa constitui um direito do indivíduo, que a ele não pode ser negado, em função do exercício de sua liberdade social (ZAFFARONI, 2015, p. 2).

Estes preceitos permissivos são frutos do reconhecimento da contradição entre o exercício do poder punitivo e um agente que realizou a ação antinormativa, juridicamente autorizado, e são chamados de causas de justificação ou causas de exclusão de ilicitude ou antijuridicidade (ZAFFARONI, 2015, p. 3).

Importante salientar que a presença de uma causa excludente de ilicitude não significa que o fato é proibido e permitido ao mesmo tempo, mas, na verdade, tem-se em toda causa de justificação um conflito de interesses, no qual o bem jurídico violado é um mal menor, diante da tutela do bem jurídico salvaguardado, de maior ou igual superioridade (GOMES, 2003, p. 3).

As causas justificantes legais afastam a ilicitude pois retiram a reprovabilidade do fato e estão previstas no artigo 23 do Código Penal, sendo estas o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal.

Há, ainda, as causas supralegais de exclusão de ilicitude, a exemplo do consentimento do ofendido nos delitos em que o bem jurídico é disponível e o sujeito passivo é pessoa capaz.

4.5.1 Estado de Necessidade

O estado de necessidade pode ser visualizado a partir de três óticas: como um espaço livre do direito, fundado na impossibilidade do ordenamento jurídico disciplinar conflitos determinados pelo instinto de sobrevivência; como justificação da ação típica, pautada na maior relevância ou equivalência do bem jurídico protegido; ou como exculpação de conduta antijurídica, fundada na inexigibilidade de comportamento conforme o direito, em hipóteses de bens jurídicos equivalentes (SANTOS, 2018, p. 253).

A teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a da justificação e estado de necessidade está definido no artigo 24 do Código Penal, que dispõe: “**Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, não era razoável exigir-se**”. A situação de necessidade pressupõe, ainda, requisitos para a sua aplicação:

Há requisitos vinculados à situação de necessidade, ensejadora da excludente, e outros ligados à reação do agente. Entre os primeiros, temos: a) existência de um perigo atual; b) perigo que ameace direito próprio ou alheio; c) conhecimento da situação justificante; d) não provocação voluntária da situação de perigo. Com relação à reação do agente, temos: a) inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (proporcionalidade dos bens em confronto); inevitabilidade da lesão ao bem jurídico em face do perigo; c) inexistência do dever legal de enfrentar o perigo (ESTEFAM, 2018, p. 416).

O perigo, primeiro dos requisitos, representa a probabilidade concreta e atual de lesão ou dano ao bem jurídico.

Já o conhecimento de situação justificante significa que o sujeito que se beneficia da justificante deve ter plena consciência de que está agindo diante de um perigo atual e com o fim específico de salvaguardar direito próprio ou alheio. Essa ressalva visa excluir as condutas dos sujeitos que praticam delitos de maneira intencional e posteriormente tentam se beneficiar com a existência do perigo existente.

Convém ressaltar que parte da doutrina rechaça esse requisito subjetivo nas causas de justificação, consistente na exigência de o sujeito tenha conhecimento das circunstâncias objetivas em que atua, a exemplo de Eugênio Raúl Zaffaroni (2015, p. 23), cujo posicionamento firme entende que: concebida a antijuridicidade como juízo que verifica se um preceito permissivo confirma a vigência de um âmbito de liberdade (=licitude), ou não (=ilicitude), a exigência de qualquer elemento subjetivo de justificação aparece como totalmente desnecessária e até mesmo

aberrante no Estado de direito. Ninguém está jungido a conhecer em quais circunstâncias atua quando atua no exercício de um direito. A rigor, quem imagina estar cometendo um crime quando na verdade está exercendo um direito só pratica o delito em sua imaginação, porque no mundo real sua conduta é lícita. A impunidade do delito putativo (ou imaginário) é indiscutível: como pensar-se em excluir a justificação quando ela existe objetiva e soberanamente? A única possibilidade de fundamentar os elementos subjetivos de justificação é fazer recair a desvalorização do juízo de antijuridicidade sobre o animus desobediente à vontade do Estado, mas, por esse caminho, chega-se a rapidamente à perigosa conclusão de que só existe um bem jurídico, que seria essa vontade estatal à qual os súditos devem irrestrita fidelidade.

Trata-se de questão interessante cuja discordância nasce da forma de se enxergar as causas excludentes de ilicitude, a partir da proibição ou permissão, sendo que, quando se postula a partir da permissão, aduzindo que conduta justificada não se distingue do essencialmente não proibido, é inviável definir a aplicação da justificante a partir do elemento volitivo (ZAFFARONI, 2015, p. 24).

Nada obstante, também a posição doutrinária entende que a limitação da justificante em razão do dolo sequer é válida perante a dogmática funcional-reduzora, porque nela o dolo não fundamenta, mas limita o poder punitivo (ZAFFARONI, 2015, p. 24)

A outra corrente doutrinária, a qual, Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 257) pactua, defende a existência do elemento subjetivo da excludente, consistente no conhecimento da situação justificante e na vontade da proteção do bem jurídico, por entender a necessidade de um limiar subjetivo mínimo.

O quarto requisito diz respeito à exigência de o perigo não ser sido provocado de forma voluntária pelo sujeito que dele pretende se beneficiar. Se a justificação for elaborada do contexto de proibição,

4.5.2 Legítima Defesa

Configura direito de proteção individual afirmativo de direito, ao tornar típica ação necessária para defesa de bens jurídicos, independentemente da existência de meios alternativos de proteção, sob a justificativa de que o direito não precisa ceder ao injusto e o agredido não precisa fugir do agressor (SANTOS, 2018, p. 242).

A legítima defesa encontra previsão no art. 25 do Código Penal, que escreve que é entendido em legítima defesa quem, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual o iminente, a direito seu ou de outrem”.

A doutrina, em interpretação ao dispositivo de lei, traz os seguintes requisitos: a) A existência de uma agressão; b) atualidade ou iminência da agressão; c) injustiça dessa agressão; d) agressão contra direito próprio ou alheio; e) conhecimento da situação justificante (*animus defendendi*); f) uso dos meios necessários para repeli-la; g) uso moderados desses meios (ESTEFAM, 2018, p. 420).

Quando se fala em agressão, refere-se ao ataque humano, com violência real ou ameaçada, que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos tutelados.

A agressão precisa ser injusta, o que pode ser traduzido no ataque ilícito e imotivado.

Importante acrescentar que parte da doutrina, a exemplo de André Estefam, entende que essa justificante também exige o elemento subjetivo de consciência, por parte do agente, acerca da existência da situação justificante para que seja por ela beneficiado. Trata-se do elemento subjetivo da ação de defesa, que têm por objeto o conhecimento da situação justificante, para teoria dominante, ou no conhecimento da situação justificante acrescido da vontade de defesa, para uma corrente minoritária (SANTOS, 2018, p. 246).

Há, ainda, o requisito temporal da atualidade, devendo a agressão estar sendo realizada, em continuidade ou imediata.

4.5.3 Exercício Regular de um Direito

A excludente de ilicitude é prevista no artigo 23, III do Código Penal e visa assegurar os sujeitos que exercem um direito assegurado por lei. Por óbvio, quem pratica um fato previsto e permitido no ordenamento jurídico não pratica crime.

José Eulálio Figueiredo de Almeida (2003, p. 48) define o exercício regular de um direito como um poder para exercer legitimamente qualquer atividade lícita, isto é: qualquer profissão, trabalho, ofício ou ministério que tenha a autorização do poder público, através de lei que o regulamente ou o assegure. É também o poder conferido ao indivíduo de exercer qualquer direito

assegurado por algum negócio jurídico, algum regulamento, alguma atividade lícita, alguma sentença ou outra decisão judicial, ainda que não transitada em julgado.

Segundo Ivan Martins Motta (2004, p. 5), a utilidade da inserção dessa obviedade no Código Penal funciona como uma advertência ao juiz criminal, para que este leve em conta todas as regras existentes no ordenamento jurídico que possam ocasionar na licitude de um comportamento que típico.

A licitude penal apenas assegura os atos exercidos dentro do estritamente permitido, de sorte que o agente que exerce um direito, mas o faz de forma irregular, excedendo os limites impostos, acaba cometendo abuso de direito e é responsabilizado pelo excesso.

Saliente-se que, pela teoria da imputação objetiva, essa justificante deixa de existir e passa a ser abordada como destipificante, fundamentando-se no risco permitido criado pelo agente.

4.5.4 Estrito Cumprimento do Dever Legal

Trata-se de causa de justificação exclusiva de do funcionário público que intervém na esfera privada com objetivo de assegurar o cumprimento da lei ou de ordens superiores, que podem determinar a prática de tipos legais justificados, a exemplo de coação, privação de liberdade e lesão corporal (SANTOS, 2018 p. 269).

Para que o estrito cumprimento do dever legal justifique a conduta e torne-a lícita para o direito, é necessário o preenchimento de determinados requisitos, sendo estes a existência prévia de um dever legal, uma atitude pautada pelos estritos limites do dever.

Os deveres estão distribuídos em toda a legislação – administrativa, processual e civil - de modo que podem ser classificados como deveres revestidos de caráter público, em dever genérico de atuar, cujo exercício não causa, de modo necessário, uma ofensa ao bem jurídico tutelado (MOTTA, 2004, p. 5-6).

Ademais, o dever também pode estar pautado em ordem superior. Nesse caso, a ordem deve ter sido emanada de autoridade competente, na forma adequada, o objeto deve ser lícito. Além disso, o exercício da ordem deve estar limitado à legalidade, caso contrário a justificação da conduta é excluída. (dos SANTOS, 2018 p.269)

4.5.5 Consentimento do Titular do Bem Jurídico

O consentimento do ofendido representa uma causa supralegal de exclusão de ilicitude, e trata-se da renúncia, pelo titular do bem jurídico disponível, à proteção penal (SANTOS, 2018, p. 278)

Subdivide-se em real e presumido. O consentimento real do titular do bem jurídico disponível exclui a tipicidade da ação porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa a liberdade de sua ação. Essa modalidade pressupõe sujeito capaz, com vontade livre, de compreensão real do significado e a da extensão da ação permitida. Já o consentimento presumido configura-se como uma construção normativa do psiquismo do autor sobre a existência objetiva do consentimento do titular do bem jurídico, funcionando como uma causa supralegal de justificação da ação típica (SANTOS, 2018, p. 287).

Há relação de subsidiariedade entre as formas de consentimento, já que, se o titular do bem jurídico manifesta consentimento real, não há necessidade de presumir a vontade.

4.5.5.1 Falsificação de assinatura em documento público com autorização - Ausência de danosidade social.

Imagine-se um caso hipotético no qual um filho falsifica a assinatura do genitor em um documento público com a sua aquiescência, o que foi verificado no inquérito policial, mediante perícia grafotécnica, na qual foi constatada a falsidade da assinatura, e, ainda, a autoria do ato.

Analisando a situação fática pelo direito processual penal, à luz da justa causa, tem-se que a condição da ação resta configurada, vez que, formalmente, há indícios concretos de autoria e materialidade dos elementos de prova colhidos durante a investigação preliminar.

Todavia, não há justa causa penal, o que torna a conduta um indiferente penal, e todo os atos preparatórios do agente investigador inúteis. O inquérito é inútil, eventual processo também.

Se, no caso em apreço, desde o início da notícia de fato criminosa, a autoridade policial tivesse analisado a questão sob a ótica do direito penal material, o inquérito policial desnecessário sequer teria sido instaurado, já que o fato não é antijurídico pelo direito material, em face da ausência de danosidade social.

Luis Flávio Gomes (2003, p. 4) traz a explicação para o caso, ao afirmar que o delito não é apenas o desvalor de uma ação, de modo que o seu fundamento não reside exclusivamente no comportamento do indivíduo que cria um risco proibido, mas é, acima de tudo, o desvalor do resultado ou se foi produzido um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico. E continua fundamentando no respeito à proporcionalidade:

Mas se Direito penal existe para a tutela de bens jurídicos, porque não utilizá-los antecipadamente, antes mesmo da violação desse bem jurídico (antes do desvalor do resultado), e já para proibir e punir o próprio desvalor da conduta? Porque o injusto penal não é constituído somente do desvalor da ação, senão também (e principalmente) do desvalor do resultado (jurídico); porque o delito não é mera infração do aspecto imperativo da norma, senão, sobretudo, violação do aspecto valorativo; porque toda sanção penal, ao menos com certeza a sanção que priva a liberdade do ser humano, implica a perda de um bem jurídico de elevadíssima importância. Logo, em razão da proporcionalidade, somente é justo tangenciar esse bem jurídico tão relevante quando a conduta do agente tenha concretamente afetado outro bem jurídico de importância correspondente ou maior (GOMES, 2003, p. 8).

A ausência de danosidade social é elemento do crime prevista na antijuridicidade. Onde não houver lesão de interesse algum, o fato não poderá ser qualificado como antijurídico.

4.6 Exculpantes

As causas exculpantes retiram a censura que recai sobre um fator de determinado fato punível. A culpabilidade é baseada no tripé potencial consciência da ilicitude, imputabilidade penal e exigência de atuação conforme o direito, de modo que as exculpantes dizem respeito às causas que interferem neste trio.

4.6.1 *Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado*

Esta causa, prevista no artigo 26 do Código Penal, apenas é identificada como causa legal de inimputabilidade quando, no caso concreto, for verificado que para o agente não há capacidade de compreensão do caráter ilícito de sua conduta e que este agiu de acordo com este entendimento.

Extrai-se, portanto, que três são os requisitos para que seja declarada a inimputabilidade por doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo compreendidos no seu caráter biológico, psicológico e temporal. Significa dizer que é imprescindível a concomitância da doença mental, da supressão da capacidade de entendimento e de

autodeterminação e que os dois requisitos descritos anteriormente sejam contemporâneos ao momento da conduta.

Apesar da inimputabilidade por doença mental, nos casos em que a autodeterminação é inteiramente suprimida, retirar a censura do fato e, com isso, inibir o direito punitivo do Estado, ela não acarreta a absolvição sumária da parte e apenas pode ser decretada em sede de cognição definitiva, quando do julgamento do mérito, notadamente por se tratar de causa absolutória imprópria, que acarreta a imposição de uma sanção diversa da prisão, a medida de segurança (ESTEFAM, 2018, p. 441).

4.6.2 Embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior.

Prevista no artigo 28, §1º do Código Penal, a embriaguez é definida como um “estado agudo e transitório de intoxicação, provocado pela ingestão de álcool ou substâncias de efeitos análogos” (ESTEFAM, 2018, p.442)

A embriaguez apenas isenta a pena quando for completa e involuntária que, ao tempo da conduta, retire inteiramente a capacidade de entendimento ou autodeterminação agente. Novamente tem-se os três requisitos de causa, efeito e tempo.

Registre-se que a origem da embriaguez necessita ser involuntária para que se tenha a excludente, ou seja, deve ser oriunda de caso fortuito ou fora maior. Caso contrário, o sujeito responde pelo crime, podendo, ainda, ter a pena agravada, como predispõe o artigo 62, II, I, do Código Penal, nos casos em que o agente se embriaga voluntária e previamente com o objetivo premeditado de cometer um crime.

Cabe, ainda, salientar que, quando for constatada a hipótese de embriaguez patológica, trata-se de doença mental, de modo que a excludente de culpabilidade que recairá, in casu, será inimputabilidade por patologia psíquica, ensejando a absolvição imprópria e aplicação da medida de segurança.

4.6.3 Incapacidade de culpabilidade pela menor idade

Prevista no artigo 27 do Código Penal e 228 da Constituição Federal, a menoridade não permite a responsabilidade penal, recaindo, sobre o agente com menos de 18 anos que praticar um crime ou contravenção penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê, para os atos infracionais, as medidas socioeducativas ou protetivas.

Indivíduos menores de que 18 (dezoito) anos não possuem o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender que determinadas condutas possuem natureza criminosa ou até mesmo para orientar o seu comportamento, quando conseguem verificar tal situação, por ser insuficiente o desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos ou emoções. (dos SANTOS, 2018, p.309)

A idade do autor do fato deve ser aferida quando da conduta, ainda que outro seja o momento do resultado, em respeito ao artigo 4º do Código Penal, que adotou a teoria da atividade com relação ao tempo do crime. Sendo assim, se quando praticada a ação ou omissão, o agente tinha 18 anos, ele responde penalmente.

4.6.4 Erro de proibição

Se o indivíduo não detém a possibilidade de conhecer o caráter ilícito de seu comportamento, não pode por ele ser responsabilizado, uma vez que, para responsabilidade penal, é requisito essencial a censura do agir, o que, por óbvio, é incensurável quando não se tem consciência da existência da vedação e reprovabilidade.

André Estefam (2018, p. 449) ensina que a possibilidade de compreensão da ilicitude deve ser analisada sob a ótica cultural, posto que a ótica biológica ou psíquica se relaciona à imputabilidade:

O aplicador da lei penal, portanto, deverá verificar se o fato foi penalmente típico e se é revestido de antijuridicidade. Em caso afirmativo, analisa a culpabilidade, principiando pelo exame das capacidades mentais (de entendimento e autodeterminação) do sujeito. Se ele não for mentalmente apto a compreender a natureza ilícita de sua conduta ou não detiver autocontrole, será considerado penalmente inimputável e receberá uma medida de segurança. Caso seja constatada sua higidez mental, passa-se, então, à análise do conhecimento da ilicitude sob o aspecto cultural. Trata-se de perquirir se o conjunto de informações recebidas pelo agente ao longo de sua vida, até o momento de sua conduta, dava-lhe condições de entender que a atitude por ele praticada era socialmente reprovável (ESTEFAM, 2018, p. 449).

Esta exculpante é o erro de proibição, traduzido na falsa percepção da realidade que recai sobre a ilicitude do comportamento, prevista no artigo 21 do Código Penal.

Todavia, o desconhecimento da ilicitude em si mesma não implica na exculpação, mas apenas diminui culpabilidade e, por via de consequência, a pena.

A isenção total apenas ocorre quando o sujeito, além de não ter consciência da ilicitude, também não tinha a capacidade de adquiri-la. Trata-se do erro de proibição inevitável, invencível ou escusável.

4.6.5 Coação moral irresistível

Prevista no artigo 22 do Código Penal, a coação moral irresistível isenta de pena o autor do fato e ocorre quando ao indivíduo é prometido um mal injusto e grave, caso ele não pratique a conduta desviante.

A coação deve ser séria, grave e irresistível caso contrário não é uma exculpante, mas, quando caracterizada, somente será punido o autor mediato, visto que o coagido figurou apenas como instrumento.

Pressupõe, ainda, perigo atual e inevitável de outro modo, sendo o segundo configurado na ausência de proteção alternativa razoável, como a proteção judicial ou da polícia (SANTOS, 2018, p. 349).

4.6.6 Obediência hierárquica

A obediência hierárquica é vislumbrada quando um indivíduo cumpre a ordem de uma autoridade superior, que é revestida de um caráter criminoso, no entanto não é possível verificar a ilicitude do comando, sendo requisitos para a sua aplicação a existência de relação de direito público hierárquica, a ordem superior de cunho ilícito e que a ilegalidade da ordem não seja manifesta.

O autor da ordem não manifestamente ilegal será penalizado e, o autor mediato, isento de pena.

O fato punível que é praticado em situação de obediência hierárquica continua sendo antijurídico, mas o subordinado é exculpado, pois ele se encontrava em situação de inexigibilidade de conduta diversa, consistente no conflito de sofrer um mal – sanção administrativa pela desobediência de sum superior, ou causar um mal objeto da ordem hierárquica.

4.6.7 Extintivas ou excludentes de punibilidade

Elementos extintivos e elementos excludentes de punibilidade não são sinônimos, apesar de possuírem as mesmas consequências práticas.

Quando se fala em extinção de punibilidade, a punibilidade nasce, e, em razão de uma circunstância prevista em lei ela deixa de existir.

Haverá exclusão de punibilidade quando ela é natimorta. Significa dizer que no exato momento em que ela aparecer, ela é fulminada.

A exclusão da punibilidade está presente escusas absolutórias nos crimes de patrimônio, praticadas entre ascendente e descendente, ou pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ressalvados os casos que se enquadrarem no art. 183 do Código Penal.

As causas extintivas/exclusivas de punibilidade são sujeitas à reserva legal, sendo que as extintivas de punibilidade estão elencadas no art. 107 do Código Penal e, ainda, em legislações extravagantes, à exemplo do cumprimento das condições da suspensão condicional do processo na Lei 9.099/1995 e do pagamento integral do valor devido, nos crimes contra a ordem tributária e previdenciária.

5. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA MATERIAL: DAS EXCLUDENTES MANIFESTAMENTE DEMONSTRÁVEIS ATÉ A DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE OS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A TEORIA TRIPARTITE DO DELITO

Inicialmente, um paralelo se faz necessário com o direito à presunção de inocência (notadamente porque a possibilidade de reconhecimento de ausência de justa causa penal material é uma autoafirmação deste princípio).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44 consolidou entendimento de que o art. 283 do Código de Processo Penal impede que uma decisão condenatória proferida em segundo grau execução imediata da pena, quando pendente de julgamento eventual recurso especial e/ou extraordinário.

Esta, também, é uma ferramenta de controle do Estado e um instrumento de contenção à persecução penal, com toda carga estigmatizante e poder invasivo que lhe são próprios. Ou seja, no aspecto processual não se pode dar início ao cumprimento de uma pena sem que se forme um juízo de certeza na formação de culpa.

Contudo, estabelecer uma teoria do delito – no Direito penal brasileiro por meio da teoria tripartite – também é um meio adequado para contenção da persecução penal e uma ratificação do direito à presunção de inocência.

Quer se dizer que há formas distintas e variadas de se impor limites ao poder de punir estatal, cuja análise caminha desde ao aspecto processual a, também, seu viés material. Sobre a importância do Direito Penal para cumprir este papel, Francis Rafael Beck (2004, p. 104), aduz que para além de proteger a sociedade, este ramo do direito impões balizas para intervenção do Estado na esfera do particular. Segundo o autor:

Com efeito, o direito penal liberal não existe apenas para proteger a sociedade, mediante o sancionamento daqueles que ousem infringir uma norma jurídico-penal. As ideias de igualdade e liberdade, estampadas especialmente durante o iluminismo, conferiram ao direito penal um caráter formal menos cruel do que aquele observado durante o período absolutista, mediante a imposição de limites à intervenção estatal na esfera do particular. Em outras palavras, o direito penal passou a ter a característica concomitante de “combater” o delito e limitar o poder interventivo do Estado.

No mesmo sentido, Nereu José Giacomolli (2000, p.5) afirma que o Direito Penal é instrumento de garantia do *status libertatis*, visa garantir, a um só tempo, a aplicação da pena e a liberdade. O autor retrata que:

A missão básica do processo penal é servir de instrumento à satisfação das pretensões e resistências processuais, na pacificação jurídica e social, além dos reflexos políticos da manutenção do ordenamento jurídico. Mantidas as devidas diferenciações conceituais, são as mesmas de qualquer outra espécie do gênero processo. Ocorre que no processo penal estão em jogo bens jurídicos fundamentais da pessoa. A instrumentalidade do processo penal (art. 5º, XXXV, LIII e LXI, CF) está à disposição do Estado para aplicar o Direito Penal, mas também para garantir o *status libertatis*, por meio de um processo penal conduzido por um juiz estatal, previamente determinado pela lei e imparcial (art. 5º, XXXVII, CF). O interesse público que domina o processo penal informa sua instrumentalidade (penal e liberdade), que parece não ser harmônica, pois serve para aplicar o direito de punir e, ao mesmo tempo, para garantir o direito de liberdade, de não ser punido. Entretanto, dentro da esfera do processo, esta duplicidade deve ser analisada como pertencente à mesma realidade fática e jurídica.

As previsões normativas no Brasil acerca do direito à presunção de inocência remontam ao ano de 1890, com a promulgação do Decreto n. 847, intitulado Código Penal.

Neste Diploma Legal, mais detidamente no art. 67, previu-se que “Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar a imposição de pena”.

É de se notar, portanto, que já nesta época o legislador ocupou-se com a necessidade de impor limites temporais à execução de eventual pena, proibindo que até indícios, por mais fortes que fossem, não autorizariam a aplicação da pena.

Em cenário internacional existem diversas disposições acerca do tema. A declaração Universal dos Direitos do homem de 1948 apregoa, no art. 11, que “toda pessoa acusada de um ato delituoso se presume inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Ademais, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, no art. 6º, § 2º reza que “toda pessoa no curso de uma infração se presume inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente conhecida”.

Na mesma trilha deste entendimento o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, prevê que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Na Constituição Federal da República de 1988, o art. 5º, inciso LVII prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Cotejando-se esses preceitos acerca da presunção de inocência, percebe-se que todos eles fazem referência expressa à culpa ou culpabilidade. Porém, a solução de reafirmação e ratificação deste princípio – imprescindível para impor-se limites ao poder de acusar – precisa caminhar na trilha do direito penal material, com incrementos às teorias do delito atualmente existentes e em complementação (ou reinterpretção) do conceito analítico de crime.

Há um sentido jurídico para se proibir um cumprimento antecipado de pena, que não se resume à análise do efeito suspensivo de determinados recursos excepcionais: é imperioso que se voltem os olhares à formação da culpa, que pressupõe a observância de um devido processo legal (com todos os seus meios de impugnações), bem como a própria existência dos elementos que componham o conceito de fato típico, antijurídico e culpável – aqui guardará lugar a definição de justa causa penal material.

Sob a ótica processual, tem-se que se a decisão judicial ainda desafia recurso, qualquer que seja ele, a culpabilidade ainda não está aperfeiçoada.

Sob a ótica do direito penal material, se faltam elementos que caracterizem o fato como um injusto penal, observando-se a teoria tripartite e o conceito analítico de crime, não se deveria iniciar atos persecutórios, como meio, inclusive, de garantia da presunção de inocência.

A este respeito, Streck afirma que:

Sob três aspectos a presunção de inocência poder analisada: 1) como uma garantia política do cidadão, parte “essencial” e estrutural do sistema acusatório que, respeitando a dignidade humana, garante um estado de inocência que somente poderá ser afastado diante de uma prova plena do ilícito e dentro do devido processo legal; 2) como regra de julgamento em caso de dúvida acerca de fato relevante para a sentença, confundindo-se com o *in dubio pro reu*; e 3) regra de tratamento do acusado durante o processo impedindo que seja tratado como se culpado fosse (STRECK, 2015, p. 210).

A preservação dessa garantia, em contraponto, merece o devido – e equilibrado - controle de constitucionalidade próprio do STF. Afinal, a discussão ora em análise travou-se no contexto de ações declaratórias de constitucionalidade. Não significa dizer, lado outro, que a Suprema Corte possa, a tal pretexto, se imiscuir nos próprios direitos fundamentais e, notadamente, aqueles oriundos do Poder Constituinte.

Ainda que se admita a possibilidade de um Controle de Constitucionalidade Forte, o Tribunal poderia deixar de aplicar uma lei em determinado processo, porém não poderia deixar de aplicar a própria Constituição. Nos dizeres de Jeremy Waldron:

Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra). Além disso, os tribunais nesse sistema têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta. Uma forma ainda mais forte de controle de constitucionalidade consistiria em dar poderes aos tribunais para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas. Alguns tribunais europeus têm essa autoridade. Parece que os tribunais norte-americanos não a têm, mas o verdadeiro efeito de sua autoridade não está muito aquém daquela (WALDRON, 2010, p 100).

O primeiro aspecto que merece realce é que o estado de inocência é, sobremaneira, uma garantia política do cidadão, indissociavelmente vinculada à dignidade humana, disposto na Constituição Federal da República de 1988 por meio de cláusula pétreia.

Não há culpa sem que a decisão penal condenatória tenha sofrido os efeitos do trânsito em julgado. Não há sentença penal condenatória sem que se tenha prova plena do ato ilícito, o que somente pode ocorrer após escoarem todos os recursos e meio inerentes para o exercício da ampla defesa e contraditório. Não deveria haver persecução penal sem identificação dos elementos que compõem um fato típico, antijurídico e culpável.

Sobre este tema, Cardella relata que:

No tocante ao campo processual, duas regras fundamentais emergem do princípio da presunção de inocência. No campo das provas, a verificação da existência de fatos imputados, é de responsabilidade do acusador, e deve ser feita através de princípios, como o do contraditório e da ampla defesa, além da impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos através do direito constitucional do silêncio.

Por outro lado, a presunção de inocência, reafirma o valor da dignidade da pessoa humana como ponto fundamental da atividade repressiva do Estado, e assim, antes de uma condenação definitiva, é intolerável qualquer punição antecipada, salvo em casos de absoluta necessidade, que a própria Constituição admite, como modalidade anterior à condenação como a prisão em flagrante, e a que resulta de ordem escrita e fundamentada de autoridade Judiciária competente. Neste sentido, elas devem ter caráter cautelar para realização do processo ou para garantia de seus resultados (CORDELLA, 2002, p. 95).

Não é outro o entendimento de Lopes Jr., para quem:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal. Em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual pelo seu nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal. Parafrazeando GOLDSCHIMDT, se o processo penal é termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles. É princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se de pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Em suma, a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto-primeiramente- ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR., 2013, p. 105).

Naquela decisão do STF, a Suprema Corte ocupou-se em examinar o art. 283 do Código de Processo Penal que, a bem da verdade, encontra-se posicionado no mencionado código no título atinente a prisões processuais, o que, sob o ponto de vista dogmático, é um equívoco.

Entende-se, portanto, que se quer seria necessário fazer uma análise sob esta ótica. Isso porque, falar-se em cumprimento antecipado de decisão penal condenatória envolve execução de uma pena fruto de decisão de mérito e não prisão processual, a qual alude o mencionado dispositivo legal.

O que se pretende afirmar é que a reflexão gira em torno de formação de culpa, matéria afeta ao Direito Constitucional e Direito Penal e não dos requisitos para deferimento de eventual prisão processual, matéria própria da matéria processual.

Tendo-se como conclusão inicial que a Constituição Federal da República de 1988

assegura a formação da culpa apenas depois de esgotados os meios recursais que desafiam uma decisão penal condenatória, é necessário compreender o papel do próprio Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às interpretações de dispositivos constitucionais, de modo a resguardar o direito à ampla defesa, contraditório e a própria presunção de inocência.

5.1 O Supremo Tribunal Federal como guardião de garantias, materiais e processuais penais

Um outro ponto que ganha necessária discussão acerca da decisão do STF: a precípua função do Supremo Tribunal Federal.

Se tem como premissa fundamental que aquele Órgão Judicial se ocupa de outras funções, especialmente a de preservar preceitos constitucionais, imprescindíveis para manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Diferentemente do que ocorre com o Poder Legislativo, composto, essencialmente, por meio de eleição, voto popular, o Poder Judiciário forma-se a partir de outros critérios (ainda que se admita que seja por indicação do Poder Executivo, trata-se pessoas de notório saber jurídico).

Significa dizer que o dever do Poder Judiciário é vinculado aos postulados constitucionais, ainda que suas decisões estejam em desacordo com a maioria do que deseja a população. Portanto, exerce um papel contramajoritário. Mais uma vez, Jeremy Waldron esclarece que:

Tomo como pressuposto que, diferentemente das instituições mencionadas na seção anterior, os tribunais são, em sua grande maioria, instituições não eleitorais ou representativas. Quero dizer com isso não apenas que a função judicial não é (na maioria das vezes) uma função eletiva, mas também que o judiciário não é permeado por um *ethos* de eleições, representação e responsabilidade eleitoral da maneira que o legislativo o é. Muitos defensores do *judicial review* consideram isso uma imensa vantagem, porque significa que os tribunais podem deliberar sobre princípios sem serem distraídos por pressões populares e permanecerem invulneráveis ao clamor público. Às vezes, contudo, quando se considera necessário refutar a argumentação contra o judicial review, os defensores dessa prática apontam orgulhosamente os Estados em que os juízes são eleitos. Isso acontece em alguns Estados dos Estados Unidos. Mas mesmo quando os juízes são eleitos, as funções dos tribunais não são normalmente desempenhadas, como são as do legislativo (WALDRON, 2010, p. 109).

Não se pretende posicionar o Direito Penal como matéria hierarquicamente superior aos demais ramos do direito. É inegável, contudo, que as questões que envolvem a presunção de inocência têm guarida constitucional. Portanto, o Supremo Tribunal Federal sempre será convocado a intervir quando os preceitos constitucionais afetos à matéria forem vulnerados.

Ao também criticar a decisão proferida pelo STF, Ritter aduziu que:

Em apertada síntese, portanto, é essa a configuração do princípio da presunção de inocência sem sua amplitude (ou tríplice função delimitadora: in dubio pro reo, ônus da prova e regra de tratamento). Incontestavelmente, se está diante de um princípio-garantia, que muito mais que preservar um status de não culpabilidade antes de uma decisão condenatória definitiva, preserva a dignidade (!) do cidadão frente ao Estado. No contexto atual, que inicialmente se referiu e agora conta com o aval do STF, a dúvida que se coloca é: se é aceitável que tal princípio seja violado (ou, no mínimo, relativizado) como fez a Suprema Corte. Acaso a resposta seja afirmativa, resta apenas alertar que será altíssimo o preço a ser pago (RITTER, 2016, p. 11).

A este respeito, o posicionamento de Bottini:

A restrição à execução provisória da pena que se operava no STF foi criticada por alguns como contraproducente sob a perspectiva da política- criminal. Alegavam que a morosidade do processo penal e o elevado número de recursos disponíveis, somados à condição de trânsito em julgado para a imposição de pena, conferiam uma sensação de impunidade, pois deixavam livres agentes já condenados em duas instâncias. Sobre o tema, manifestou-se o ministro Eros Grau, em trecho relevante e digno de nota de seu voto no HC já indicado: “ a prevalecer o entendimento de que só pode executar a pena após o trânsito e julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso – eis o fecho do outro argumento - porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados habeas corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora – digo eu agora – a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição, melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes (BOTTINI, 2012, p. 190).

Em que pese se concorde com os argumentos lançados pelo ministro Eros Grau, na parte em que entende não ser possível o cumprimento antecipado da pena, entende-se que uma reforma processual não seria suficiente para que se legitime a execução da pena após decisão proferida em Segunda Instância.

Como já dito, a questão para ser dirimida demanda uma análise de norma constitucional e não do exame de normas infraconstitucionais. E mais: exasperam, ainda, os limites de atuação do próprio STF, que não pode negar um princípio derivado do poder constituinte.

É consabido que as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

O art. 5º, inciso LVII da CF/88 trata-se de norma de eficácia plena. Com as devidas licenças, mas em todas as suas disposições a Carta Magna foi tão clara e precisa ao assegurar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não há margem para interpretação diversa: se a decisão não foi atingida pela imutabilidade, não há formação de culpa.

A razão da correta compreensão da função do Supremo Tribunal Federal é justamente para que se garanta que este preceito fundamental seja respeitado.

Sobre o tema Karam (2003, p. 170) alertava que:

Como quaisquer outras prisões não impostas por condenação emanda de pronunciamento jurisdicional não mais sujeito a qualquer recurso, a prisão decorrente de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis não têm – como não poderia ter – a natureza jurídica de pena.

A razão de ser e o sentido da garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade - “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – conduzem a que a situação de inocência construída pela norma constitucional só se desfaça se, ao término do processo de conhecimento, prevalecer a condenação.

Por óbvio, este processo de conhecimento não termina com a sentença do juiz de 1º grau, dela sendo possível recorrer para os tribunais que ocupam o 2º grau de jurisdição. Tampouco termina este processo com o acórdão ali proferido, deste ainda sendo possível recorrer, especial ou extraordinariamente, para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Não terminado o processo de conhecimento, o réu não “não será considerado culpado”, não podendo, pois, sofrer pena. A prisão, que eventualmente sofrá, será uma daquelas excepcionalmente autorizadas prisões provisórias ou processuais, estando, portanto, submetidas aos requisitos da cautelaridade de que se revestem tais modalidades de privação de liberdade, por isso, se condicionando à demonstração de fatos reveladores de sua necessidade, no individualizado caso concreto, para assegurar que aquele processo ainda em curso chegue normalmente a seu final, eventualmente permitindo a realização ou satisfação da pretensão punitiva a ele veiculada (KARAM, 2003, p. 170).

O Supremo Tribunal Federal, de fato, não está a servir como instância revisora de fatos e provas produzidas em determinado processo.

Porém, a Excelsa Corte tem o dever de promover a estabilização e pacificação em todas as oportunidades em que decisões judiciais malferirem seus assentos fundamentais. E , para tanto, só há um caminho que se preserve este papel do Supremo Tribunal Federal: promover-se, sempre, uma interpretação que seja conforme à Constituição.

A este respeito, saliente-se que interpretar a Constituição não significa reescrever o que

nela consta e nem ir para além do que quis o legislador. Não se quer negar, como já dito a possibilidade do Estado-Juiz valer-se do controle de constitucionalidade, o que não se confunde, por sua vez, com negar a própria vigência da Constituição.

A não formação da culpa até que ocorra o trânsito em julgado da ação penal condenatória é direito disposto pelo legislador constituinte. Decidir de modo contrário seria se contrapor à vontade do legislador.

Ao abordar este tema sobre a interpretação em conforme com a Constituição e os limites que devem ser impostos ao próprio julgador, Brust assinalou que:

De todos os modos, uma coisa é certa: com a interpretação conforme a Constituição tomada em seu sentido estrito ou originário, o tribunal não adiciona sentido ao texto legal. Limita-se a escolher as opções constitucionais entre as interpretações alternativas emergentes do texto legal, dando origem à sentença interpretativa de improcedência (no Brasil, de constitucionalidade). Quando o Tribunal, com base na Constituição, adiciona sentido ao texto legal (ou o reduz ou o substitui) está em realidade ditando uma sentença manipulativa. Essa sentença também parte da interpretação conforme (*lato sensu*), mas vai mais além, porque modifica o próprio conteúdo normativo complexo do preceito. E isso pode-se refletir, eventualmente, numa indevida invasão da competência de outro órgão, mais especificamente, do Poder Legislativo. Não é por outro motivo que Canotilho (2002:1293) alerta que “a alteração da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação deve respeitar o texto da norma interpretanda e os fins prosseguidos através do acto normativo sujeito a controlo (BRUST, 2009, p. 511).

O entendimento acima entabulado retrata, fielmente, o fenômeno jurídico advindo como debate em torno da decisão proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, malgrado tenha o desígnio de promover a própria interpretação constitucional, o STF, na decisão liminar – agora sufragada pela decisão de mérito - teria usurpado a sua função originária.

Se prevalente fosse o entendimento de que seria possível o cumprimento de decisão penal condenatória a partir de acórdão em segunda instância, estar-se-ia a emprestar ao art. 5º, inciso LVII da CF/88 uma interpretação desconforme à Carta Magna, notadamente porque se modificaria o conteúdo normativo do preceito constitucional que, como já visto, trouxe em seu bojo um entendimento muito claro, autoaplicável e caracterizado como norma constitucional de eficácia plena.

Decidir sobre a possibilidade de iniciar-se o cumprimento da pena após decisão de segunda instância é discussão que guarda assento no âmbito do Poder legislativo, pois, como reiteradamente asseverado, foi opção do legislador constituinte dispor desta forma. Nos dizeres de Jeremy Waldron:

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas — milhões delas — cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentam, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos (waldron, 2010, p. 157).

O Poder Legislativo conquanto regulamentou a matéria sobre o início de cumprimento da pena o fez em representação à vontade popular. Os limites que o Poder Judiciário tem para conhecer e deliberar sobre esta questão, propondo-se um *judicial review*, está inserto na própria Constituição Federal da República cujos direitos fundamentais servem como baliza para as decisões judiciais.

5.2 Decisões do Superior Tribunal de Justiça que revelam uma abertura dogmática para implementação do conceito de Justa Causa Penal Material

Como já se viu, com o desenvolvimento de tópico antecedentes, o conceito de justa causa não é novidade quando se extrai a sua aplicação do âmbito do processo penal. Neste ramo processual, o conceito já foi amplamente difundido e devidamente implementado. Doutrina e jurisprudência, neste aspecto, parecem não apresentar grandes divergências. Alguma que mereça, aqui, um destaque especial.

Quer se dizer, com isso, que Doutrina e Jurisprudência adotam conceito similares (ou até mesmo idênticos) do que seja justa causa como instituto à viabilizar a deflagração de uma ação penal.

Situação diferente é quando busca-se implementar um conceito de justa causa em direito penal material. Malgrado não seja novidade, em si, a definição do que seja justa causa, a partir

da sua utilização em alguns tipos penais, consoante foi retratado em tópicos anteriores, o conceito como incremento às teorias do delito existentes para aferição de responsabilidade criminal, este, para esta fim, não se foi tratado.

Observou-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça em algumas decisões integrou, ao conceito de justa causa, que durante muito tempo foi tratado sob o viés de que esta seria caracterizada pela ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda pela incidência de causa de extinção da punibilidade, o conceito da atipicidade. E aqui denota-se o sentido do presente tópico: há decisões do Superior Tribunal de Justiça que revelam uma abertura dogmática para implementação do conceito de Justa Causa Penal Material.

No julgado, abaixo pinçado, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou entendimento de que a atipicidade também é elemento a ser aferido para caracterização do conceito de justa causa:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CORRUPÇÃO PASSIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA AMPARADA EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES. PREJUDICADOS OS DEMAIS PEDIDOS FORMULADOS. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus só é cabível quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitivas, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade. 3. In casu, imputa-se ao paciente o crime de corrupção passiva, sem o suporte probatório mínimo apto a corroborar a imputação, sendo a inicial acusatória amparada exclusivamente em trecho de conversa telefônica que demonstra ter sido o acusado avisado de passagem de carga no posto fiscal. 4. Não havendo, na inicial acusatória, elementos fáticos indicativos da prática de qualquer delito pelo paciente, ausente justa causa para a persecução penal. 5. Reconhecida a ausência de justa causa, ficam prejudicados os demais pedidos formulados pelo impetrante. 6. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para trancar a ação penal em relação ao paciente, diante da ausência de justa causa para a persecução penal. (STJ - HC: 187890 MS 2010/0191705-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 17/12/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2016)

Neste ponto reside a nota de abertura: considerar a atipicidade e até mesmo as causas extintivas de punibilidade como caracterizadores da justa causa.

Com efeito, a atipicidade, como é sabido, é conceito que deriva do direito penal material, e especialmente quer dizer tudo aquilo que retira da conduta a qualidade de típica,

compreendendo-se, para tanto, sua modalidade material e formal.

Portanto, a rigor, poder-se-ia concluir que o Superior Tribunal de Justiça, com outros termos, já começou a assentir com um conceito de que os elementos que encerram o conceito de fato típico, quando ausentes, conduziriam à atipicidade da conduta que, por sua vez, autorizaria o reconhecimento da ausência de justa causa.

Para os fins que integram esta tese, estes elementos ausentes, a exemplo de a incidência do princípio da insignificância, adequação social e até mesmo erro de tipo, comporiam ao que se denominará justa causa penal material, pois, assim como ocorre no âmbito do processo penal, no qual este instituto inviabilizaria a deflagração de uma ação penal, no viés material, impediria, igualmente, a persecução penal porquanto este elemento integraria o conceito analítico de crime, que pressuporia fato típico, jurídico e culpável, com justa causa.

Em outros termos, a presença de circunstâncias que sejam capazes de, evidentemente, denotarem a atipicidade da conduta, bem como (o que foi evidenciado nos tópicos anteriores) evidenciarem excludentes de ilicitude e culpabilidade, de modo notório, comporiam o conceito de justa causa material a justificar a não persecução penal do Estado.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho (2003, p. 56), já alertava que o conceito de justa causa deveria abranger a tipicidade penal e que esta circunstância não deveria se resumir à uma mera submissão do fato à norma. O autor obtempera que:

Conclui-se, portanto, que, nesses termos, a justa causa tem uma dupla dimensão, de direito fundamental e institucional, eis que os tipos penais protegem institutos jurídicos, devendo a ponderação das referidas dimensões ser analisadas à luz do princípio democrático da dignidade da pessoa humana, no caso de eventual embate.

Deste modo, pretende-se sugerir que a justa causa não se limite apenas a um suporte probatório mínimo, ou se restrinja ao conceito de interesse de agir, ou represente a presença de tipicidade. Ela é tudo isso, mas não é apenas isso. A justa causa é uma *cláusula de encerramento*, que concretiza, no âmbito do processo penal, os preceitos constitucionais da dignidade, da proporcionalidade, além de exercer todas aquelas outras funções antes referidas. Ela concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem institucional.

Quanto à tipicidade penal, a justa causa exige do que se subsumir a narração fática feita na denúncia ou na queixa a um tipo penal. A tipicidade é um indício de antijuridicidade, mas não é, por si só, suficiente para fazer mover a máquina persecutória estatal. Algumas vezes, o fato típico não justifica a demanda penal, o que ocorre quando o desvalor da conduta imputada ao agente não seja maior do que o proveito social advirá em submeter-se alguém ao processo criminal. Ou, em outros termos, quando a conduta não seja grave o bastante para justificar

a pretensão de imposição de uma sanção penal, que é o mais severo modo de reação do Direito. Nesse caso, quando o fato narrado puder ser tratado por outro modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana, e mais proveitoso socialmente, não haverá justa causa para a propositura da ação penal, considerando-se tratar-se o Direito Penal de *ultima ratio* para recompor o tecido social injustamente violado.

Diga-se mais.

Este instituto da justa causa comporta contornos de aplicação como instrumento de preservação da garantia da presunção de inocência, conforme elucidado anteriormente. Como salientado, reconhecer que não há justa causa para compreender que um agir humano não se afigura como injusto penal inviabiliza a própria persecução penal que, em seu nascedouro, poderia ser encerrada.

É que se compreende que até mesmo dúvida razoável sobre a caracterização dos elementos que integram o conceito analítico de crime podem conduzir ao reconhecimento da ausência de justa causa penal material.

Também este instituto, da dúvida razoável, é conhecido da doutrina e jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos, o aplica, atrelando-o à ideia de sentença absolutória como encaminhamento mais adequado como solução da querela judicial.

Os julgados abaixo transcritos, do Superior Tribunal de Justiça ratificam esta afirmação:

PENAL. AUTORIDADE COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO STJ. ART. 105, I, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LESÕES CORPORAIS LEVES. ART. 129, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CONFIRMADOS EM JUÍZO. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA CONDUTA CRIMINOSA IMPUTADA. DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA MATERIALIDADE DO FATO. ABSOLVIÇÃO DE QUE SE IMPÕE NOS TERMOS DO ART. 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Trata-se de denúncia do Ministério Público Federal em desfavor de autoridade com foro por prerrogativa de função neste Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, a, da Constituição Federal, pela suposta prática do crime previsto no art. 129, "caput", do Código Penal. 2. Afasto afasto a prescrição, considerando como marco interruptivo a data da decisão que tornou definitivo o recebimento da denúncia, com o julgamento dos embargos de declaração (21 de março de 2018), uma vez que não transcorreu prazo superior a 4 anos até a presente data. 3. A denúncia foi recebida, ante a presença de indícios de materialidade e autoria, mas os elementos de informação colhidos no inquérito policial não foram confirmados em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, na forma do art. 155 do Código de Processo Penal. 4. Diante da ausência de prova robusta da própria conduta criminosa (dolosa ou culposa) descrita na denúncia, conclui-se existir dúvida razoável acerca da materialidade do fato, o que impõe a absolvição nos

termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal. 5. Rejeição da pretensão punitiva, com a consequente absolvição do acusado.(STJ - APn: 878 DF 2016/0154695-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 15/12/2021, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJE 03/03/2022)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção "pela livre apreciação da prova" (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação. 2. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976). 3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenação definitiva anterior por crime da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do Ministério Público de que o réu "foi surpreendido trazendo consigo e transportando, para fins de tráfico, 06 (seis) porções de cocaína". 5. Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (1,54 gramas de cocaína) e o fato de que o réu, em juízo, negou a traficância, retratando-se da suposta confissão informal realizada perante os policiais militares responsáveis pela sua abordagem, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do favor rei e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado. 6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte objecti, quer a parte subjecti. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas. 7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave □ tráfico de drogas □ tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado ou de seu passado criminoso. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente □ e a instância de origem não afastou essa hipótese □, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na

inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão. 8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), espera-se □ mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação □ uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições "converta os agentes de execução do Ministério Público em simples 'despachantes criminais', ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena." (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124). 9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0000013-48.2017.8.26.0569). Fica mantida inalterada a condenação relativa ao cometimento do delito descrito no art. 333 do Código Penal. (STJ - HC: 705522 SP 2021/0359332-6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 14/12/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2021)

Nos casos acima decotados, o Superior Tribunal de Justiça identificou a dúvida razoável como critério de justificação para legitimar decisão penais absolutórias. Ou seja, a dúvida razoável sobre a existência de materialidade e autoria delitiva desautoriza o Estado a aplicar um édito condenatório.

A partir dessa compreensão, é possível, também, transpor-se este entendimento para a justa causa penal material, firmando-se a compreensão de que a dúvida razoável acerca da existência de qualquer dos elementos que integram o conceito analítico de crime também ensejaria reconhecimento da justa causa, desta feita na modalidade material e que necessariamente obstará a persecução penal, o que seria permitido no seu próprio nascedouro, até mesmo em fase de inquérito policial.

No HC 705522 SP, julgado pelo STJ, acima decotado, depreende-se que o Tribunal da Cidadania estabeleceu a premissa de que *“Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade”*.

É preciso, todavia, que se amplie o alcance dogmático do princípio da presunção de inocência, para que incida para além de uma regra que coordene a atividade probatória. Quer se

afirma, com isso, este princípio deve disciplinar também a dogmática penal material, aquelas que atingem os próprios elementos de caracterização do tipo penal, dos dispositivos de antijuridicidade e culpabilidade, inserindo-se, nesta extensão, todos aqueles elementos que sejam capazes de tornar a conduta atípica, excluir a antijuridicidade e/ou a culpabilidade.

Como já dito, este também é um instrumento de controle da persecução penal, que não ficaria apenas dependendo da atividade probatória e se quem se queira, com isso, diminuir minimamente a sua importância. São critérios complementares.

Novamente, é importante que se contextualize que a jurisprudência não se distanciou do conceito que aqui se apresenta. É bem verdade que jamais ostentou decisões com proposições iguais ao que se busca implementar.

Por outra vertente, o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 108748 ES, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ratificou a possibilidade de reconhecimento de atipicidade da conduta em sede de inquérito policial, considerando que esta seria capaz de firmar a incidência da ausência de justa causa para deflagração de ação penal. Naquela oportunidade, assentou-se a ementa nos seguintes moldes:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA ANTES DE ENCERRADAS INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO JUDICIAL INSTAURADO PARA APURAR OS MESMOS FATOS OBJETO DA DENÚNCIA. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA SUPERVENIENTE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Falta de justa causa à ação penal iniciada antes de encerradas as investigações em sede de inquérito instaurado para apurar os mesmos fatos e arquivado por decisão judicial, ante a constatação de atipicidade da conduta do paciente. II - O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade de conduta, presença de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. III - Na situação sob exame, verifica-se a atipicidade da conduta do paciente, constatada no Inquérito 333, que tramitou o Superior Tribunal de Justiça. IV - Ordem concedida para trancar a ação penal.(STF - HC: 108748 ES, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 10/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014 REPUBLICAÇÃO:)

O julgado posicionou, já a partir daí, a justa causa não apenas como forma de controle que deriva da atividade probatória. O instituto foi alçado à categoria de condições de viabilidade da ação penal em seu aspecto material e não processual. É possível se extrair desse julgamento,

em que pese nada tenha sido dito de tal forma, que a justa causa penal material, ainda que de maneira não declarada, figura como filtro de contenção da persecução penal, reconhecendo-se a vigência desse instituto em situações, por exemplo, em que há uma manifesta atipicidade de conduta – conceito de direito penal material e não processual.

Em julgamento ainda mais recente, nos autos do HC 173594 SP, relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal perfilhou entendimento de que “*A decisão de arquivamento de inquérito policial lastreada na atipicidade do fato toma força de coisa julgada material, qualidade conferida à decisão judicial contra a qual não cabem mais recursos, tornando-a imutável*”.

É de se notar que estas decisões, ainda que de modo não notoriamente declarado, atribui à justa causa evidente característica de ordem material. Afinal, esta justa causa, reconhecida a partir de um conceito de atipicidade de conduta é capaz, inclusive, de formar coisa julgada material, ostentando a qualidade da imutabilidade. Assim foi ementado o julgado referido:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. COISA JULGADA MATERIAL. CORREIÇÃO PARCIAL. REABERTURA DO FEITO. INVIABILIDADE. 1. O instituto da correção parcial está vinculado historicamente à correção de erros de procedimento que provocam tumulto processual e não ao erro na apreciação judicial dos fatos ou do direito. 2. A decisão de arquivamento de inquérito policial lastreada na atipicidade do fato toma força de coisa julgada material, qualidade conferida à decisão judicial contra a qual não cabem mais recursos, tornando-a imutável. 3. Se o Juiz-Auditor e o Ministério Público acordaram em arquivar o inquérito policial militar por entender atípica a conduta, mesmo diante de provas novas, inviável a reabertura do feito por meio de correção parcial. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - HC: 173594 SP 0026037-14.2019.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/05/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 07/05/2021)

Sob o ponto de vista da utilidade de uma ação penal, é de refletir que o próprio art. 397 do Código de Processo Penal elenca como uma das hipóteses de absolvição sumária, a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, quando o fato narrado evidentemente não constituir crime e, ainda, for extinta a punibilidade.

Os julgados, acima transcritos, não limitaram a análise da atipicidade exclusivamente sobre o prisma da tipicidade formal. André Callegari (2016, p. 88) assim define o instituto:

Fala-se, então, em tipicidade formal quando se quer apontar a coincidência ou a perfeita subsunção de um ato realizado pela conduta humana a uma norma jurídica, e, mais especificamente, a um tipo penal. Portanto, o exame e o juízo que se fazem acerca desta correspondência (do fato à norma) esclarecem a tipicidade apenas do ponto de vista formal, isto é, da perspectiva da descrição da lesão. No entanto, referida análise, repita-se, constitui apenas o ponto de partida para a descoberta do crime.

É de se ponderar o legislador permite que seja proferida uma decisão sumária de absolvição quando alguma destas hipóteses já seja identificada, antes da produção efetiva de qualquer ato de natureza probatória (daí porque sumária).

Com efeito, atribuindo-se a esta possibilidade uma ótica racional, o que pretendeu o legislador foi prestigiar a presunção de inocência, evitar a produção de atos inúteis e, sobretudo, conferir segurança jurídica para se evitar o manejo da ação penal de modo temerário, abusivo.

Nesta mesma perspectiva, se legitimaria um reconhecimento de não existência de crime por ausência de justa causa penal material, desde que evidenciada, manifestamente, alguma circunstância capaz de tornar o fato atípico; de excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade.

Se estes elementos são suficientes para que exerça um controle sobre a atividade probatória e impedir a continuidade de uma ação penal, absolvendo-se sumariamente um acusado, ainda com maior razão, far-se-ia muito mais sentido impedir que qualquer atividade persecutória prossiga, ainda que em fase de inquérito, compreendendo-se que o fato não seria crime e, por óbvio, não se legitimaria atividades desta natureza para apuração de eventos não considerados delitos.

Ao tratar sobre atos neutros ou condutas *standard* André Callegari (2021) propôs uma reflexão no tocante à caracterização do tipo penal, sob os critérios da imputação objetiva, na imputação do comportamento, lançando o alerta acerca da necessária delimitação da tipicidade, a partir de critérios seguros que haja como filtros de responsabilização. Cuida-se de crítica ao que denominou “alargamento da participação criminal”:

De acordo com o exposto, não é qualquer "colaboração" de uma atividade profissional que "favoreça" a atividade de lavagem de dinheiro que pode ser justificada como típica. O dolo ou o mero conhecimento não são suficientes para determinar a relevância penal da conduta, mesmo quando os conhecimentos especiais do autor devam ser considerados para a determinação da tipicidade da concreta conduta analisada [2].

Como exemplo desses casos, há denúncias criminais postas perante o judiciário abarcando a atividade de corretores de imóveis, agentes de bolsa de valores,

vendedores de automóveis e, em alguns casos (decisões na Alemanha e na Espanha), incluindo a atividade de advogados como possíveis envolvidos nas atividades de lavagem de dinheiro. As decisões desconsideram as atividades neutras (socialmente adequadas, ou condutas *standard*), ao menos em nossa jurisprudência, fato que não ocorre nas decisões do exterior que já reconheceram a impossibilidade de vinculação de determinadas atividades profissionais com o lavador de capitais.

De nosso ponto de vista, é dentro do marco da tipicidade objetiva que se resolve o problema das atividades neutras ou quotidianas com relação ao delito de lavagem de dinheiro. A questão da neutralidade das condutas e sua relevância penal devem ser resolvidas no primeiro nível da teoria da imputação objetiva, ou seja, na imputação do comportamento.

Utilizando-se corretamente desses critérios da teoria da imputação objetiva, limitam-se de forma correta determinados comportamentos que aparentam um caráter delitivo, porém, que se restringem às prestações quotidianas de atividades profissionais e, por isso, não podem ser vistas como atos de favorecimento ao delito de lavagem de dinheiro.

Não se pode alargar a tipicidade prevista na Lei de Lavagem e o mero conhecimento não justifica a tipicidade de atividades neutras. A devida compreensão desses institutos facilita o recorte da participação criminal e a justa adequação das condutas ao caso concreto. Observados esses critérios de delimitação da tipicidade, haverá um filtro na imputação de supostos participantes no delito de lavagem de dinheiro, corrigindo-se, assim, o alargamento da participação criminal que alguns setores pretendem dar sem qualquer suporte teórico de acordo com a melhor doutrina.

Numa vertente tem-se a justa causa processual agindo na matriz da atividade probatória, inviabilizando a continuidade de uma ação penal. Em outro vértice, tem-se a justa causa assumindo suas feições de ordem material, desautorizando o Estado a exercer, atendidas as suas condições de reconhecimento, atividade persecutória. Daí seria possível justificar a não instauração de inquérito policial, pois não se justifica esta atividade para se apurar evento que não seja ilícito.

CONCLUSÃO

Do estudo realizado, a partir, primeiro, de uma análise e constatação (que foi o ponto de partida e que motivou a pesquisa) de que é em decorrência do custo que o processo representa, não só para o Estado, mas principalmente para aquele que é submetido a um processo penal, que podem ter sua liberdade fustigada, e, considerando o fato de não haver possibilidade de, a qualquer momento, o processo ser extinto sem julgamento do mérito, que a análise das condições da ação como requisitos imprescindíveis para o nascimento do processo penal e obtenção da tutela pedida é fundamental, sendo incontestável a sua função de filtro processual.

Os primeiros doutrinadores a tratarem das condições da ação para a área criminal apareceram justamente influenciados por Enrico Tullio Liebman, porém, ao invés de criarem conceitos específicos para o campo do direito processual penal, transplantaram, diretamente do direito processual civil, os conceitos de condição da ação, fundamentando na base conceitual de uma lide, sob o prisma civilista.

O problema da utilização das condições da ação provenientes do processo civil no direito processual penal é que, na tentativa de adequar-se as definições ao processo penal, tem-se uma ginástica de conceitos, com a desnaturação da matriz conceitual das condições da ação, sem trazer uma resposta efetiva ao processo penal.

De acordo com o direito processual civil, são condições da ação a legitimidade ed parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídico do pedido. Nada obstante, foi constatado que, para o direito processual penal, apenas o primeiro conceito poderia ser utilizado, pois versa sobre a exigência de uma vinculação subjetiva pertinente para o exercício da ação processual.

Quanto ao interesse de agir, trata-se de elemento redundante, que não contribui ou oferece diferença para o juízo de admissibilidade penal, pois, no direito processual penal, o requisito está implícito em toda a acusação, estando como condição pressuposta, já que o Estado apenas pode impor uma sanção após a observância de um processo criminal, num ambiente de devido processo legal.

No que tange à possibilidade jurídica do pedido, esta não se satisfaz como uma condição da ação para o direito processual penal, porque no direito processual penal a imputação exige uma conduta que, à evidência, corresponda a um tipo legal, em respeito aos princípios da anterioridade

e legalidade. Isso significa que os pedidos requeridos nas peças de acusação sempre serão possíveis, por estarem associados ao dispositivo de lei.

Diante das indiscutíveis disparidades e autonomia teórica dos ramos do conhecimento jurídico, e, ainda, distinções inconciliáveis entre diversas áreas, constatou-se pela necessidade de utilizar condições da ação próprias para o direito processual penal.

Nesse sentido, adotou-se a posição de Aury Lopes Jr, Fernando Newton Bittencourt Fowler, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Antônio Acir Breda, que, rechaçando a proposta de Enrico Tulio Libman, passaram a extrair as condições da ação do próprio Código de Processo Penal, nos artigos 43, atualmente revogado, em interpretação sistemática.

Assim, do revogado art. 43 e do atual art. 395 do CPP, retirou-se que são condições da ação penal a prática de um fato aparentemente criminoso – também chamado de *fumus comissi delict*, a legitimidade de parte, a punibilidade concreta e a justa causa.

Nessa projeção e a partir do conceito de justa causa oriundo do próprio processo penal, constatou-se a necessidade da acusação demonstrar, já na propositura da ação penal, a tipicidade aparente na conduta, além da ausência de causas de justificação. Isso quer dizer que o fato típico objeto da imputação tem que ter a aparência de um delito anteriormente previsto na lei penal, devendo, ainda, ser certo e determinado.

Além disso, como a finalidade do processo penal é produzir os efeitos para, ao final, atingir ou não a punição do réu, a existência de alguma circunstância que torne o fato atípico, exclua a antijuridicidade ou extinga punibilidade, torna o processo inútil, devendo, por isso, existir a hipótese de punibilidade concreta para o processo ser admissível.

Quanto à justa causa, o estudo demonstrou que muitos autores acrescentam às condições da ação uma quarta, no entanto, o posicionamento é controvertido. Isto, ainda, sob o prisma do processo penal.

Apesar da impossibilidade de eleger um conceito absoluto para a justa causa, tentou-se estabelecer um conceito-limite para, a partir dele, dar-se continuidade ao trabalho, permitindo-se evoluir para uma definição que tivesse implicações diretas no direito penal material.

A primeira premissa estabelecida foi a de que justa causa é um critério de controle da instauração do processo penal, tendo em vista os efeitos deletérios de se responder eventual ação. É, portanto, um requisito, de justiça ensejador de reprimenda penal.

A segunda premissa é que o legislador deve exigir de quem acusa o lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, traduzido nos indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Portanto, deve existir causa legítima para a coação estatal.

Estabelecida a diretriz da definição de justa causa processual, passou-se, então, a se desenvolver um conceito de justa causa penal material, objetivando que esta seja uma condição para possibilitar que determinado fato da vida deixe de ser um indiferente ao direito para tornar-se uma conduta ilícita passível de investigação, processo e posterior punição, a ser verificado desde o conceito analítico do crime, com a presença de todos os elementos essenciais, provenientes da visão estratificada do fato punível.

Foi, então, verificado que, enquanto a doutrina e a jurisprudência avançaram em preencher a lacuna deixada pelo legislador acerca da figura da justa causa como instituto do direito processual penal à luz da legislação infraconstitucional e constitucional, por outro lado, o instituto da justa causa como conceito utilizável no direito penal material, nos moldes os quais aqui se propõe, não evoluiu.

Face a ausência de taxatividade estrita das limitações de definição do instituto, vislumbrou-se a possibilidade de transmudar o conceito de justa causa, aquele definido no ramo processual, para o direito penal material e para, de posse do mesmo sentido *latu* do termo, utilizá-lo na análise preliminar do conceito analítico de crime.

O direito material e processual penal, antes de mais nada, representam entraves ao poder punitivo estatal e à sua arbitrariedade, uma vez que impõem ao Estado, para que este atinja a punição que objetiva, a obediência de diversas regras procedimentais, que cuidarão de certificar ao suposto autor de um fato punível o devido processo legal, no qual respeita-se as garantias constitucionais.

E não é só. Também foi constatado que a verificação da existência da justa causa no caso concreto, acarreta, igualmente, um afastamento do formalismo puro, ou seja, da mera subsunção do fato à norma, em que a análise redundante da existência ou não de uma descrição legal, para o fato considerado em si mesmo, no qual existe caracterizada uma situação de vida real.

Foi, ainda, verificado que dois dos deveres mais importantes da teoria do delito são justamente o de confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica, para

impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada do delito e o de definir os fundamentos pelos quais possam ser excluídos da atuação punitiva os penalmente irrelevantes.

O delito não representa, apenas e tão somente o desvalor de uma ação, o seu maior fundamento é, na verdade, para o desvalor do resultado, a produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico, não bastando, portanto, a mera tipicidade aparente do fato ou a indicação da autoria do crime, como comumente se exige na justa causa processual, pela análise da prova.

Verificou-se a necessidade de se ampliar o alcance dogmático do princípio da presunção de inocência, para que incida para além de uma regra que coordene a atividade probatória. Quer se afirmar, com isso, que este princípio deve disciplinar também a dogmática penal material, aqueles que atingem os próprios elementos de caracterização do tipo penal, dos dispositivos de antijuridicidade e culpabilidade, inserindo-se, nesta extensão, todos aqueles elementos que sejam capazes de tornar a conduta atípica, excluir a antijuridicidade e/ou a culpabilidade.

No âmbito da jurisprudência, constatou-se que o Superior Tribunal de Justiça identificou a dúvida razoável como critério de justificação para legitimar decisão penais absolutórias. Ou seja, a dúvida razoável sobre a existência de materialidade e autoria delitiva desautoriza o Estado a aplicar um édito condenatório.

A partir dessa compreensão, é possível, também, transpor-se este entendimento para a justa causa penal material, firmando-se a compreensão de que a dúvida razoável acerca da existência de qualquer dos elementos que integram o conceito analítico de crime também ensejaria reconhecimento da ausência de justa causa, desta feita na modalidade material e que necessariamente obstará a persecução penal, o que seria permitido no seu próprio nascedouro, até mesmo em fase de inquérito policial.

Como já dito, este também seria um instrumento de controle da persecução penal, que não ficaria apenas dependendo da atividade probatória e se quem se queira, com isso, diminuir minimamente a sua importância. São critérios complementares.

Nesta mesma perspectiva, se legitimaria um reconhecimento de não existência de crime por ausência de justa causa penal material, desde que evidenciada, manifestamente, alguma circunstância capaz de tornar o fato atípico; de excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade. A dúvida, desde que razoável, produziria os mesmos efeitos.

Se estes elementos são suficientes para que exerça um controle sobre a atividade

probatória e impedir a continuidade de uma ação penal, absolvendo-se sumariamente um acusado, ainda com maior razão, far-se-ia muito mais sentido impedir que qualquer atividade persecutória prossiga, ainda que em fase de inquérito, compreendendo-se que o fato não seria crime e, por óbvio, não se legitimaria atividades desta natureza para apuração de eventos não considerados delitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. A antijuridicidade como elemento conceitual do crime. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p.48-57., fev./mar. 2003. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41533>. Acesso em: 24 jul. 2019.
- ALTAFINI, Daniel Luizelli. Inquérito policial militar: justa causa como pressuposto para instauração. Direito Militar: **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME**, Florianópolis, v. 19, n. 116, p.31-35., nov./dez. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128124>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 03-05., abr. 2016.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. Direitos fundamentais e justiça. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 7, n. 22, p.170-193., jan./mar. 2013. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101065. Acesso em: 23 jul. 2019.
- ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 4, p. 24-43., mai./ago. 2010.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. A presunção da inocência como geradora de impunidade. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 89, p. 3.,jul./ago. 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do código de processo penal: atuação integrada de tais mecanismo na dinâmica procedimental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 76, p.123-180., jan./fev. 2009. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=70503>. Acesso em: 02 dez. 2022.
- BARBOSA, Andeirson da Matta. A importância da aplicação do conceito de crime no seu aspecto formal (analítico). **MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 2, n. 9, p.49-50., abr./jun. 2007. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108279. Acesso em: 02 dez. 2022.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. **A justa causa e o recebimento da denúncia no anteprojeto do Código de Processo Penal**. *Justitia*, v. 78, 1972, p. 61/70.
- BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa no Direito Penal juvenil. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 21, p.175-194., jan./abr. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=130021>. Acesso em: 01 dez. 2022.
- BATISTA, Weber Martins. O princípio constitucional de inocência. **Jus: Revista Jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte, v. 21, n. 10, p. 67-81., 1990.
- BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004. v. 32 .

177 p. (Monografias / IBCCRIM, 32). Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9574. Acesso em: 4 dez. 2022.

BELO, Warley. A prisão preventiva e a presunção de inocência. **Del Rey Juridica**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 52-53., ago./dez. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva Jur, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 184-194., out. 2012.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207., set./out. 2009.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/18075/14865>. Acesso em: 01 dez. 2022.

BRUST, Léo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 507-526., jul./dez. 2009.

BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade. Uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação. **Revista *Duc In Altum* Caderno de Direito**, vol. 5, nº 8, jul-dez. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 comentada: medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 16-17., out. 2013. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101760>. Acesso em: 11 fev. 2018.

CALLEGARI, André. **Lavagem de Dinheiro e Condutas Neutras**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/andre-callegari-lavagem-dinheiro-condutas-neutras>

CAPEZ, Fernando. Princípio da insignificância ou bagatela. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p.9-12., jun./jul. 2009. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123704. Acesso em: 24 jul. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 422.

CARDELLA, Haroldo F. Paranhos. As prisões cautelares diante do princípio da presunção de inocência. **Revista do Curso de Direito**, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 2, p. 93-114., jan./dez. 2002.

CARNEIRO, Reynaldo Ximenes. Breve estudo sobre o instituto da prisão provisória e o princípio da presunção de inocência no direito brasileiro. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe Martins; ESTEVES, Heloisa Monteiro de Moura. **Análise de precedentes criminais do Superior Tribunal de Justiça: estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro Silva**. Belo Horizonte: Atualizar, 2009. p. 247-261.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa causa penal-constitucional.

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 56, p.31-72., jul./set. 2003. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44867>. Acesso em: 01 dez. 2022.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Colaboração premiada: justa causa para quê? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 148, p.283-318., out. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=146297>. Acesso em: 02 dez. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. Justa causa penal-constitucional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro**, n. 56, p. 31-72, jul./set.. 2003. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=44867. Acesso em: 4 dez. 2022.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Belo Horizonte: Editora Plácido, 2019.

COLARES, Samuel Miranda. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

CÓRDOBA, Fernando Jorge. *Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin*. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 2, 1/2, p. 113-143., 1996. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19024>. Acesso em: 04 dez. 2022.

CORREA, Plínio do Oliveira. **Teoria da Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.15, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70412/39983>. Acesso em: 05 dez. 2022.

COSTA, Domingos Barroso da; EGG, Geraldo Felisberto. **Entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade: uma proposta de adequação terminológica para melhor expressão do princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF, 2011**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10533-Entre-a-presuncao-de-inocencia-e-a-nao-culpabilidade-uma-proposta-de-adequacao-terminologica-para-melhor-expressao-do-principio-previsto-no-art-5o-LVII-da-CF>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. **Revista do Ministério Público**. p. 65-79. Ano 23, out/dez, n. 92, 2022. Disponível: < A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito>. Acesso em: 03 dez. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Elementos normativos e descrição da tipicidade na denúncia. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 166, p. 9-10, set.. 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60215. Acesso em: 5 dez. 2022.

DALL'AGNOL, Filipe de Mattos. Sobre a problemática da insignificância em Direito Penal Econômico: breve análise em face dos ilícitos típicos de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990) e evasão de divisas (artigo 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/1986). **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 127-152., abr./jun.

2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89028>. Acesso em: 11 fev. 2018

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, 70/Ed. Esp. p. 18-19., set. 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. Parte geral, tomo I. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

ESTEFAM, André. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo, Editora Saraiva Jur, 2018.

FERREIRA, Eduardo Magalhães. Justa causa para a privação da liberdade. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 73, p.3-5., set. 2006. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60906>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FLEURY, Pedro Augusto de Padua. **A criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos sugerida pelo Ministério Público Federal e o princípio da presunção de inocência**. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 14-15., jun. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. A culpabilidade penal. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 20, n. 534, p.14-18., mai. 2008. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=69583. Acesso em: 24 jul. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A magnitude da lesão causada ao sistema financeiro nacional e o princípio da não-culpabilidade: exegese dos artigos 30 e 31, da lei n. 7.492/86. **Revista de Jurisprudência da Justiça Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 40-49., 1999.

GERBER, Daniel. O habeas corpus e a justa causa para a ação penal: breves considerações sobre a vinculação entre a denúncia e os elementos objetivos de convicção do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 178, p.13-14. set. 2007. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=64140>. Acesso em: 11 fev. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. 406 p., 24 cm. ISBN 978-85-224-8830-8.

GIACOMOLLI, Nereu José. Para que serve o processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 94, p. 5-6, set.. 2000. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=28433. Acesso em: 4 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p.81-88., mai./ago. 2002. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39579>. Acesso em: 14 abr. 2019

GOMES, Luiz Flávio. Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível). **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, Porto Alegre, v. 51, n. 308, p.72-84., jun. 2003. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123392. Acesso em: 25 jul. 2019.

GOMES, Magno Federici; TRINDADE, Hugo Vidal. A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 18-33., dez./jan. 2009.

GONZAGA, Julio. **A evolução da ação na teoria geral do delito e a crise dos sistemas**

baseados no empirismo ontológico, 2011. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91942. Acesso em: 23 jul. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. *In: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral. Volume I**. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRERO, Hermes Vilchez. As offencicula e a proteção de bens patrimoniais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.7-13., ago./set. 2004. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=72385. Acesso em: 25 jul. 2019.

HAMILTON, Sérgio Damoro. Justa Causa, um conceito polêmico. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1997. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2184551/Sergio_Demoro_Hamilton.pdf

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 194.225)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 173-202, set./out. 2013, p. 197)

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Editorial - O pêndulo da impunidade. **Boletim do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 89, p. 3., jul./ago. 2008.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia*. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 355-370, out. 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 98.

JORIO, Israel Domingos. In dubio, pobre do réu. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n.257, p. 14-15., abr. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3,n. 11, p. 166-175., 2003.

KATTAH, Marina. O princípio da insignificância e sua relação com o moderado direito penal do fato e com o funcionamento teleológico de Roxin. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. p.243-248. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=69071. Acesso em: 24 jul. 2019.

KNOPFELMACHER, Marcelo. Atentado ao direito de defesa. **Letrado**, São Paulo, n. 106, p. 46-47., set./out. 2013.

LAZZAROTTO, Cezar Paulo. A prisão cautelar como antecipação da pena. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Toledo, v. 9, n. 2, p. 297-312., jul./dez. 2006.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. Apelação em liberdade: o princípio da presunção de inocência e as prisões provisórias. **Revista Síntese de direito penal e processual**

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A reconstrução do dolo na teoria do delito. **Revista do Ministério Público de Minas Gerais**. Ano II - n. 7, fls.10/13 - outubro/novembro/dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/CD/A3/C8/FD/E744A7109CEB34A7760849A8/MPMGJuridico_07.pdf>. Acesso em: 03 de dez. 2022.

MAIA NETO, Cândido Furtado. O ministério público e o princípio da presunção de inocência: justiça penal democrática e respeito às garantias fundamentais da cidadania. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 87-93., 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual penal**. São Paulo: Saraiva.1980, vo. 04, p. 73.

MORAES, Marina Wehbe Budaruiche de; BARBARELA, Leonardo Duque. Representação anônima e justa causa para instauração de inquérito civil público: requisitos. **MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Patrimônio Público, p.72-76, 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=111366>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MORAIS, Paulo José Iasz de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiros. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova Lei de Prisão e Medidas Cautelares nº 12.403, de 04.05.2011. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 69,p. 9-16., ago./set. 2011.

MORENO, Rafael Alvarez. Da inadequação da teoria da asserção para o processo penal: possibilidade de rejeição da ação penal por ausência de justa causa após o oferecimento da resposta à acusação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 279, p.09-10., fev. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128068>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MOTTA, Ivan Martins. Cumprimento de deveres e exercício de direitos e suas repercussões processuais penais. **Direito e Paz**. p.183-194. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56232>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa Para Ação Penal. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador; NEISSER, Fernando Gaspar. Lei da ficha limpa e direito penal: a corrosão dos princípios da legalidade e da presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 233, p. 3-4., abr. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Editora Forense, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2015

OLIVIERA, Rafael Niebuhr Maia de; COELHO, Alaide Maria. A influência do in dubio pro

societate no procedimento do tribunal do júri e a ofensa à presunção de inocência. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 95-114., fev./mar. 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. rev. atual. Editora Atlas: São Paulo, 2016.

PATRÍCIO, Rui. O direito fundamental à presunção de inocência: revisitado, a propósito do novo código de processo penal de Cabo Verde. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, v. 7, n. 22, p. 9-25., 2005.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Medidas cautelares e presunção de inocência: a resposta do Projeto. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 289-298.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administratização do Direito Penal – Reflexos da Expansão do Direito Penal nos Delitos de “Lavagem” e Capitais. *In*: **Crimes conta a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Crime previdenciário: a constituição prévia e definitiva do crédito é elementar do tipo e justa causa para ação penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 158, p.12-13, jan. 2006. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56246>. Acesso em: 24 abr. 2019.

PEREIRA, Flávia Siqueira Costa; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. A teoria da imputação objetiva e o princípio da confiança no direito penal: considerações à luz do funcionalismo de Claus Roxin. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, n. 23, p. 47-100., jul./dez. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108799>. Acesso em: 11 fev. 2018.

PEREIRA, Geraldo Lopes. **Conformação da prisão preventiva com o estado de inocência e a Lei de Execução Penal**, 2011. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10484-Conformacao-da-prisao-preventiva-com-o-estado-de-inocencia-e-a-lei-de-execucao-penal>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. **O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil**. Publicado na revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte, ano 17, n 26, p 155-186, jul./dez. 2019

PRADO, Geraldo. Execução provisória da pena. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 07-09., abr. 2016.

PRZYBYSKI, Patrícia Ubal. A presunção de inculpação e a execução provisória das penas restritivas de direitos. **Boletim dos Procuradores da República**, São Paulo, v. 5, n. 62, p. 28-31., jun. 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

RITTER, Ruiz. Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 10-12., nov. 2016.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Art. 594 do CPP e o princípio da presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 55, p. 10-12., jun. 1997.

RODRÍGUEZ RAIMÚNDEZ, Antonio. *Notas sobre presunción de inocencia*. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 39, p. 287-333., set. 1995.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38, 2002.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SANTOS, Weliton Militão dos. Lei 7.492/86; os artigos 30 e 31 da lei 7.492/86 e o princípio da inocência; confronto com artigo 312 do CPP. **Revista da AJUFE**, Brasília, v. 18, n. 60, p.81-118., jan./mar. 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A construção do tipo penal. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.115-128., jan./fev. 1993. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=52150. Acesso em: 23 jul. 2019.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **As Condições da Ação no Direito Processual Penal: Sobre a inadequação da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de et al. Ação penal. Inépcia material, rejeição. Princípio da insignificância ou de bagatela. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p.61-74, out./nov. 2009. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71910>. Acesso em: 2 set. 2018.

SOUZA, Fernando Antônio C. Alves de. Princípio da insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p. 23-27., ago./set. 2009. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=73699>. Acesso em: 11 fev. 2018.

SOUZA, José Barcelos de. Execução provisória de pena privativa de liberdade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 42-54., ago./set. 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas do Direito Econômico**. São Paulo: Ltr, 1994.

STASIAK, VLADIMIR. **As condições da Ação Penal. Perspectiva Crítica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os tribunais estaduais contra o STF. **Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 201-219., dez. 2015.

TAVARES, Juarez. A questão da racionalidade e a teoria do delito no estado democrático. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 27, n. 1, p.9-38, jan./abr. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138227. Acesso em: 23 jul. 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Indiciamento e presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 71, p. 14., out. 1998.

TTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p.225-251., 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133459>. Acesso em: 14 abr. 2019

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Breves apontamentos acerca dos aportes de Günther Jakobs à teoria da imputação objetiva**. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 14, n. 82, p. 59-69., out./nov. 2013. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102369>. Acesso em: 12 fev. 2018.

VAY, Giancarlo Silkunas. Injusto como antijuridicidade qualificada pela tipicidade penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 297, p.9-11., ago. 2017. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137241. Acesso em: 24 jul. 2019.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. Efeitos suspensivos dos recursos constitucionais (jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 180-183., jul./set. 1993.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 138 p., 21 cm. ISBN 972-32-0946-2.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal. T I. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira**. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 209.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010.

WEDY, Gabriel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 119, p. 201-240., mar./abr. 2016.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à teoria da ação finalista**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Antijuridicidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p.17-50., mai./jun. 2015. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123720. Acesso em: 24 jul. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro: segundo volume: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 376 p., 23 cm. ISBN 978-85-7106-401-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=107774. Acesso em: 5 dez. 2022.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494., jul./ago. 2010

