

A doutrina da tipificação e sua extensibilidade

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Promotor Público do Estado de São
Paulo e Professor de Direito

S U M A R I O

- I — *Origens e evolução histórica*
- II — *Raízes filosóficas das doutrinas sobre a ação e sua crítica*
- III — *A elaboração da "fattispecie" italiana*
- IV — *A utilidade da doutrina da tipificação e sua aplicação aos demais ramos do Direito*

I — *Origens e evolução histórica*

Ensina JIMÉNEZ DE ASÚA ⁽¹⁾ que "Tatbestand" é a versão para a língua alemã da expressão latina "corpus delicti", e que passou a ser utilizada naquele país a partir do século XVIII. No início era o "fato do delito", o seu conteúdo real, em oposição ao conceito — "Begriff". Constituía-se no somatório de todos os caracteres ou elementos do delito.

Dentro de tal entendimento, não se diferenciava "Tatbestand" de delito, pois este se conceituava como a soma dos componentes daquele.

Com a publicação do *Die Lehre vom Verbrechen*, em 1906, o jurista ERNST BELING ⁽²⁾ apresentou uma nova dimensão e sentido ao conceito, definindo-o tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. O tipo legal se apre-

(1) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA — *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Lousada, Tomo III, 1960.

sentada como descrição objetiva e não valorativa. Caracteriza-se pela não-inclusão em seu conteúdo de quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem.

Convém salientar, com BELING, que o "tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real" (2).

Tal concepção, como era de se esperar, suscitou um sem-número de críticas. Algumas, como as de MAYER, HEGLER, MEZGER, SAUER, demonstrando a existência de elementos subjetivos e axiológicos no contexto dos tipos penais; outras, como a de BINDING, investindo não somente contra tal concepção objetiva e valorativamente neutra do tipo, mas também contra seu próprio fundamento ontológico, isto é, contra a concepção causal da ação, em que se baseou a doutrina de BELING.

Ultrapassada a chamada "fase de independência" do conceito de tipicidade, passou-se para uma segunda fase, em que a tipicidade é vista como um valor indiciário de outras características do delito, sobretudo da antijuridicidade. Esta a concepção de MAYER (3). Um comportamento, para ser típico, traz em si um princípio de antijurídico. A tipicidade é a "ratio cognoscendi" da antijuridicidade.

Em 1931, através da obra de EDMUNDO MEZGER (4), atingiu-se a terceira fase, em que a tipicidade passou a ser vista como a "ratio essendi" da antijuridicidade: o que atua tipicamente atua injuridicamente; toda conduta típica vem a ser antijurídica. Nem toda ação antijurídica é punível, mas somente a ação tipicamente antijurídica.

Contudo, adverte HELENO CLAUDIO FRAGOSO, a concepção do tipo como "ratio essendi" da antijuridicidade esbarra numa dificuldade seriíssima, pois não permite distinguir a tipicidade da antijuridicidade. Por ela, todas as condutas típicas deveriam ser antijurídicas, o que não é verdade. Torna, pois, confusa a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade (5).

Reconhecendo a procedência de muitas críticas dirigidas a sua teoria, BELING a reformulou em 1930, num opúsculo denominado *Die Lehre vom Tatbestand*. Desenvolve aí sua teoria do "Leitbild" ou "figura reitora" [tradução de REALE JUNIOR (6) e DAMASIO DE JESUS (7)]. Há que se distinguir entre o "Tatbestand" — que é o "delito tipo" — e o "Deliktestypus" — que seria a "figura do delito" ou o "tipo de delito".

Resumindo tal concepção, LUIZ LUISI descreve que cada tipo de delito ou figura delitiva é um todo composto de diversos elementos. Porém estes aspectos

(2) ERNST BELING — *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, pág. 197.

(3) MAX ERNST MAYER — *Parte Geral de Direito Penal*, 1915, págs. 51 e 52.

(4) EDMUNDO MEZGER — *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Bibliográfica Argentina, B. Aires, pág. 80.

(5) HELENO CLAUDIO FRAGOSO — *Conduta Punível*, Bushatsky, 1961, pág. 120.

(6) MIGUEL REALE JUNIOR — *Antijuridicidade Concreta*, 1974, Bushatsky, pág. 34.

(7) DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS — *Direito Penal*, Parte Geral, Saraiva, 1978, pág. 248.

distintos e múltiplos, objetivos e subjetivos, que compõem o "Deliktstypus", por mais diversos e díspares que, às vezes, se possam apresentar, encontram sua unidade em uma representação, em um quadro conceitual ("Leitbild"), que lhes dá unidade e sentido. Esta representação conceitual é o "Tatbestand legal" ou "delito tipo". No "Deliktstypus" do furto, todos os seus elementos estão referidos no seu esquema reitor: subtração de coisa alheia móvel. O "Tatbestand" é representação conceitual que se distingue da realidade material. Não é sequer um dos elementos da figura delitiva, posto que esta não é integrada por sua representação conceitual, mas pela ação que a realiza. Por isso, não existe um "Tatbestand" em si, mas cada "Tatbestand" é referido à figura delitiva por ele regulado. Assim posto, cuida de ter refutado os conceitos que admitem a presença no delito tipo de elementos subjetivos e normativos, eis que tipos do injusto são os "Deliktstypen", e não os "Tatbestände" (8).

Tal reformulação, contudo, não encontrou maior ressonância no campo da ciência penal.

É que, como ressaltou LUIZ LUISI, o processo de subjetivação do tipo penal teve, depois de 1930, um visível aceleração, que chegou ao seu consecutório natural e obrigatório, isto é, o reconhecimento da existência do tipo subjetivo, com o deslocamento do dolo e da culpa do plano da culpabilidade para o campo da tipicidade (9).

Os primeiros a sustentar tal inovador entendimento foram HELMUTH WEBER e GRAF ZU DOHNA.

Contudo, foram WELZEL e seus seguidores (MAURACH, NIESE e outros) que lhe deram os definitivos contornos (10).

Todo delito é essencialmente uma ação humana. Esta, uma concreção da vontade. Dessa forma, a ação apresenta um aspecto objetivo e outro subjetivo. Há, pois, tipos objetivos e tipos subjetivos.

Aqui estava criada a vitoriosa doutrina da "ação finalista".

Para a "doutrina finalista da ação", que encontra seus pilares no ontologismo de HARTMANN, a ação humana é exercício de atividade destinada a um objetivo. A ação é por isso acontecimento finalístico, e não meramente causal. A natureza finalística da ação consiste nisso: graças a sua ciência causal, o homem pode, dentro de certos limites, prever as possíveis conseqüências de sua atividade e propor-se escopos diversos, dirigindo a própria conduta para a obtenção do escopo escolhido.

Na base de sua precedência causal, o homem pode dosar os atos singulares de seu comportamento, de modo a dirigir ao fim o acontecimento causal exterior, determinando-o finalisticamente.

(8) LUIZ LUISI — *O Tipo Penal e a Teoria Finalística da Ação*, Dissertação de livre docência — ed. restrita do autor.

(9) LUIZ LUISI — obra citada.

(10) WELZEL — "Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista", in *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1904.

A finalidade é operação guiada, cientemente, em função de um escopo, enquanto a causalidade pura não é governada pelo escopo, mas é a resultante causal dos fatores operantes.

A finalidade é, por isso, vidente; a causalidade é cega.

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produza resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência ingressam no rol dos delitos culposos ⁽¹¹⁾.

No crime culposo a conduta descrita no tipo está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação ⁽¹²⁾.

II — Raízes filosóficas das doutrinas sobre a ação e sua crítica

O tipo objetivo e não valorativo de BELING tem por fundamento a concepção "naturalista" da ação, cujas raízes mais profundas se vão encontrar no modo como o positivismo filosófico compreende a realidade e a ciência. A concepção naturalista entende a ação como "a conduta voluntária que causa modificações no mundo exterior" ⁽¹³⁾. Não se indaga do conteúdo da vontade, isto é, do que o agente realmente quis. Basta a voluntariedade da conduta, ou, conforme dizia VON LISZT, basta a manifestação da vontade consistente na realização ou na omissão voluntárias de um movimento do corpo.

Contra tal concepção objetou-se que ela vê na ação apenas uma abstração de fatos, sendo insustentável porque prescinde do que é essencial na conduta, valorando como ilícita a simples relação causal; porque os efeitos causais de toda ação são intermináveis, e a omissão constitui uma não-causação, e, portanto, o oposto à ação. Na Itália consideram-se seus seguidores DALL'ORA, DELITALA, RANIERI, MANZINI, MAGGIORE, dentre os maiores.

Por seu turno, a denominada "teoria social da ação" tem como pressupostos os postulados do neokantismo da Escola de Baden. A ação não é só uma modificação do mundo físico, mas também um conceito valorado. Uma realidade que tem significação social. Daí por que é definida como "conduta voluntária dirigida para o mundo objetivo social" ou como o "voluntário produzir de consequências socialmente relevantes" (K. ENGISCH).

Não basta a mudança, mas requer-se relevância social da conduta. Para uns, a valoração da conduta é dada pelo "meio cultural" e, para outros, pela "ordem jurídica" ⁽¹⁴⁾.

(11) DAMASIO E. DE JESUS — obra citada, pág. 220.

(12) WELZEL — obra citada, págs. 48, 49 e 75.

(13) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 7.

(14) *Idem, idem*, pág. 14.

Assim é que, para BINDING, ação, para o Direito, é somente a realização de uma conduta socialmente relevante.

É que, partindo dos ensinamentos de KANT, vêem na realidade um contexto heterogêneo e caótico, cabendo à ciência, através das “formas” do eu empírico, organizar a realidade. Logo, os conceitos enunciados pelo sujeito empírico não reproduzem a realidade objetiva. O direito situa-se no plano da realidade cultural, é realidade referida a valores.

A ação é produção de conseqüências com relevância social.

Relevantes são os efeitos do comportamento no meio social circundante. Portanto, o tipo penal aqui não é meramente objetivo: contém elementos normativos e subjetivos.

Criticando-se tal doutrina, tem-se afirmado que o arbítrio do legislador na fixação dos conceitos jurídicos tem justos limites, e o que se busca é o conceito de ação, não o de ação punível. Por outro lado, o conceito normativo não corresponde às necessidades do direito vigente.

Em terceiro lugar, para a “doutrina finalista”, a realidade — e nela se inclui a ação humana — não é amorfa e caótica. A ação humana é realidade já organizada e com contexto ontológico definido antes mesmo de sua disciplina jurídica. Assim, os conceitos normativos não transformam a realidade, mas limitam-se a descrevê-la.

Tal doutrina, como vimos, tem suas origens no ontologismo de HARTMANN, bem como na filosofia de KANT e na fenomenologia de HUSSERL.

Intelecto e realidade, no ato do conhecimento, se põem frente a frente, e o objeto é apreendido como algo que existe antes do ato cognitivo. Assim, os conceitos não criam nem constroem, mas tão-somente descrevem.

A ação humana, compreendendo o conhecer e o querer, visa sempre um objetivo. A característica do conhecer e do querer humanos está nesta “intencionalidade”, isto é, nesta “finalidade”, que é sempre visada pelo agente (15).

A ação humana é, pois, ontologicamente finalista.

A vontade finalista compreende não só o fim último, mas os meios escolhidos e as conseqüências secundárias previstas como possíveis, excluindo-se as não previstas.

O fim, o que é realmente querido pelo agente, através de sua vontade finalista, passa a integrar a estrutura do tipo penal.

Para FRAGOSO, as conseqüências da teoria finalista da ação afetam todo o sistema... “e em alguns pontos é pouco menos que revolucionária” (16).

(15) LUIZ LUISI — obra citada.

(16) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 24.

As mais comuns objeções são no sentido de que ela não corresponde ao direito positivo, e que torna impossível uma concepção unitária da culpabilidade, conduzindo a confusão desnecessária na teoria do crime.

PETROCELLI, citando GRISPIGNI e MEZGER, faz violentas críticas a essa doutrina (17).

GRISPIGNI indaga o que há de especial nesta concepção, pois, por consenso universal, a ação não pode ser senão voluntária e a vontade é caracterizada pelo fim a que é destinada. Por outro lado, "nunca existiu um conceito naturalístico de ação", de cunho exclusivamente causal. Houve sempre uma distinção natural, para fins de análise (18).

Contudo, explicando o mecanismo e o lugar da vontade, inclusive nos delitos culposos, de maneira lógica e satisfatória, a doutrina da ação finalista resolve os mais árduos problemas da Ciência Penal, evitando-se com ela a admissão de presunções legais e da responsabilidade penal objetiva, que não se coadunam com as atuais diretivas e necessidades do Direito Penal.

III — A elaboração da "fattispecie" italiana

No momento em que o conceito foi introduzido na literatura italiana, sobretudo com a obra de BETTI — *Istituzioni di Diritto Romano* —, o foi com o significado que os juristas germânicos atribuíam à palavra "Tatbestand".

GRISPIGNI foi quem tratou mais extensamente do tipo legal e suas funções, sendo que o Tomo II de sua obra se intitula justamente *La Struttura della Fattispecie Legale Oggettiva* (19).

Percebe-se que a Península procurou plasmar o próprio conceito a respeito da tipicidade. Criaram a palavra "fattispecie", que significa, morfologicamente, "figura do fato".

Tal expressão é compreendida no seu sentido legal, como o conjunto dos elementos que diferenciam um comportamento do outro. A fim de que se aplique a pena devem concorrer os requisitos da culpabilidade e ausência de justificação.

PETROCELLI entende que a "fattispecie" indica todos os coeficientes necessários à consequência jurídica da pena, ou seja, o crime, não aceitando a distinção entre "abstrata" e "concreta", uma vez que a "fattispecie" é termo indicativo de uma abstração (20).

BETTIOL, com melhor lógica, separa a "fattispecie" abstrata, correspondente ao tipo, da concreta, referente ao fato.

(17) BIAGGIO PETROCELLI — "Reexame dos Elementos do Crime", *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 8, 1963, págs. 19-77.

(18) FILIPPO GRISPIGNI — *Diritto Penale Italiano*, vol. 2, Milão, Dott. A. Ghuffrà, 1952, pág. 304.

(19) FILIPPO GRISPIGNI, obra citada.

(20) BIAGGIO PETROCELLI — obra citada, pág. 29.

A dissemelhança entre a "fattispecie" abstrata e a "fattispecie" concreta, segundo entende DELITALA, está na diferença que existe entre o modelo e a cópia, o esquema e o exemplo em que tal esquema pode ser enquadrado (21).

MESSINA, muito claramente, informa que "a "fattispecie" abstrata é uma hipótese, e a "fattispecie" concreta é a situação de fato que coincide com o verificar-se desta hipótese" (22).

A noção de "fattispecie" tende a exaurir a descrição de todo o fato típico: ao lado da "fattispecie" objetiva, existe uma "fattispecie" subjetiva, e uma "fattispecie" das causas de justificação.

IV — A utilidade da doutrina da tipificação e sua aplicação aos demais ramos do Direito

Ensina FRAGOSO que é mais ou menos generalizado o entendimento de que ao tipo corresponde, basicamente, uma "dupla função": a de garantia e a de fundamentação do fato punível. Por um lado, o tipo limita o poder punitivo do Estado, introduzindo um elemento de segurança na justiça punitiva e excluindo o arbítrio, pois toda ilicitude penal só pode ser ilicitude típica. Por outro lado, o tipo fundamenta a ilicitude penal, constituindo o esquema a que deve ajustar-se a antijuridicidade (tipo de ilícito), funcionando como indício ou como expressão da mesma (23).

Além disso, assinala ANIBAL BRUNO, marca o "iter criminis", assinalando o início e o término da ação nos momentos penalmente relevantes (tentativa e consumação), influi sobre a unidade e pluralidade de crimes, atribui à culpabilidade, através sobretudo do dolo, o seu caráter ajustado a cada figura penal (24).

Sintetizando, DAMASIO DE JESUS prelecionou o tipo:

- a) cria o mandamento proibido (norma implícita na lei penal incriminadora);
- b) concretiza a antijuridicidade;
- c) assinala o injusto;
- d) limita o injusto;
- e) ajusta a culpabilidade ao crime considerado;
- f) constitui uma garantia liberal, pois não há crime sem tipicidade (25).

Resta perquirir-se a possibilidade de extensão da doutrina da tipicidade (ou "fattispecie") às demais ciências jurídicas, e a utilidade dessa extensão.

(21) GIUSEPPE BETTIOL — *Direito Penal*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, págs. 251-259.

(22) SALVATORE MESSINA — "Sull'utilità della nozione di fattispecie", *In Honore a Manzini*, U. T. E. T.

(23) HELENO C. FRAGOSO — obra citada, pág. 131.

(24) ANIBAL BRUNO — *Direito Penal*, Rev. Trib., 1966, págs. 251-259.

(25) DAMASIO EVANGELISTA DE JESUS — obra citada, pág. 254.

MESSINA assegurou que todas as normas, segundo tal modo de considerá-las e de estudá-las, podem, certamente, resolver-se em descrição de "fattispecie". Tal modo de estudo é o de considerar a norma sob o aspecto descritivo, ao qual se conjugam o aspecto valorativo e o imperativo.

E, estendendo a todo o campo do Direito a definição de GRISPIGNI sobre a "fattispecie", afirma que bastará substituir-se "pena" por "qualquer consequência jurídica", e "conduta" por "qualquer situação de fato".

Seria, então, o conjunto de elementos necessários e suficientes a individualizar e a distinguir, dentre vários, o tipo singular de conduta, a cujo verificar-se o Direito reconhece o dever de aplicar alguma consequência jurídica (26).

É que o Direito resulta de um sistema harmônico de normas.

Assim, "se é verdade que os vários ramos do Direito têm dissemelhanças históricas e dogmáticas, impondo respeito às respectivas autonomias até pela Teoria Geral do Direito, ciência eminentemente unificadora, existe um campo comum, no qual a generalização coloca o delito e o fato processual tendente a demonstrá-lo num sentido de apreciação idêntica, e isto acontece no terreno dos fatos e atos jurídicos", ensina com propriedade ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS (27).

Portanto, feitas as necessárias adaptações, possível se torna a aplicação de institutos jurídicos em mais de um ramo do Direito.

A teoria do tipo, com importantíssimas funções no campo específico para o qual foi idealizada, é daquelas que merecem aplicação extensiva, fora do campo penal. Tipo que é "o confronto de todos os pressupostos a cuja existência se liga uma consequência jurídica", na definição de MEZGER (28).

Conforme a natureza dos efeitos que se atingem, ao verificar-se a "fattispecie", teremos, segundo entende MESSINA, uma "fattispecie" penal, civil, processual, e assim por diante.

Teríamos uma "fattispecie" processual penal se tratássemos de hipótese cuja realização ou verificação produz efeitos que interessam ao Direito Processual Penal.

No campo de qualquer disciplina jurídica, a introdução da noção de "tipicidade" ou "tipificação" importará certamente num mais rigoroso controle metodológico, bem como, reconhecidos e diferenciados o "tipo" e as consequências daí derivantes, em possibilitar aos sujeitos de direito ajustarem suas condutas aos "modelos" estatuídos em cada diferente ramo do Direito. Tais modelos são, em síntese, a própria tipicidade de cada ato jurídico: ajustamento entre a forma prevista em lei e a conduta humana, passível de consequências jurídicas.

Quando o ato humano se ajusta ao modelo abstrato previsto na lei, dizemos que tal ato é "típico", derivando daí consequências jurídicas predeterminadas.

(26) SALVATORE MESSINA — obra e local citados.

(27) ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.

(28) EDMUNDO MEZGER — obra e local citados.