

No Brasil, a reforma penal de 1984 [Lei n. 7.209/84, que alterou a parte geral do CP] decorreu de exigências históricas e pretendeu enfrentar as questões práticas que não comportavam adequada solução no sistema teórico clássico, ou causal-naturalista, adotado pela legislação de 1940. Na realidade, o momento evolutivo da doutrina penal brasileira exigiu a substituição do sistema clássico por outro mais enriquecido, que ofereceu ao debate os postulados críticos do sistema finalista de Welzel. Inegavelmente, tal sistema acabou por constituir a inspiração maior que orientou a reforma brasileira.

No entanto, não se pode esquecer que o sistema finalista também é de índole naturalista e a reforma acabou por também possibilitar a sua superação. É verdade que ao tipo incriminador foi agregado um plano de exigências subjetivo, de modo que o dolo e a culpa passaram a pertencer ao exame da tipicidade (art. 20), como é característica do sistema finalista. Mas o novo tratamento conferido à causalidade omissiva demonstra a inequívoca superação dos sistemas de índole naturalista. A nova legislação penal brasileira (art. 13) deixou claro que no plano da tipicidade o resultado de que depende a existência do crime é normativo (vinculação da norma) e não naturalístico. Com isso, a imputação objetiva passou a enriquecer-se de possibilidades interpretativas. A culpabilidade, por sua vez, consagrou-se juízo de reprovação normativo puro sobre quem realiza a conduta típica e ilícita, segundo o princípio geral de inexigibilidade de conduta diversa. Neste sentido, não foram acolhidas as pretensões do finalismo de vincular a reprovação ao plano abstrato da formação da vontade delitiva.

Embora a reforma tenha sido inicialmente inspirada pelas críticas dirigidas pelo finalismo ao sistema clássico, o ordenamento jurídico nacional superou as limitações naturalistas e é perfeitamente compatível com os sistemas pós-finalistas que trabalham com os elementos subjetivos no tipo e na ilicitude, bem como com uma culpabilidade estritamente normativa. Não é necessário empreender qualquer mudança em nosso direito positivo para viabilizar uma intervenção qualificada (valorativa) do poder punitivo, conforme propõem os sistemas pós-finalistas. Com efeito, a teoria do delito não pode ser compreendida como construção meramente formal, desvinculada do sentido social a ser atribuído à conduta delitiva e das consequências práticas da intervenção punitiva. Desta forma, o desafio pós-finalista que se apresenta à sociedade brasileira reside na compreensão do conteúdo material que é subjacente a cada um dos conceitos da teoria do crime. Tal compreensão, que determina os contornos concretos da aplicação do direito repressivo, deve ser apurada por meio do processo democrático discursivo que é o único capaz de conferir legitimidade à intervenção punitiva. Analisemos a seguir as premissas de construção de uma teoria discursiva do crime.

TIPO PENAL INCRIMINADOR

CAPÍTULO 5

1. TIPO E TIPICIDADE

A expressão *tipo* possui o significado de *modelo* ou de *determinada forma de classificação*. Em Direito Penal, pode-se entender o tipo como modelo abstrato, posto que é representação genérica de comportamento humano que se considerará proibido. O tipo materializa o princípio da reserva legal, na medida em que é a expressão da lei que descreve a conduta que deve ser considerada crime.

Modernamente, o tipo penal é figura conceitual que descreve formas possíveis de violação ao bem jurídico e que define a matéria de proibição.¹ O tipo penal é conceito classificatório, do ponto de vista técnico-jurídico, o qual colhe o que é comum ou repetitivo nos fenômenos de comportamento humano, de modo a estabelecer um padrão para o que seja proibido. É conceito abstrato e generalizante que se presta a determinar a espécie de proibição, especificamente direcionada para o concreto das relações humanas, limitando a possibilidade de intervenção estatal na esfera de liberdade individual.

O tipo penal, de maneira formal, descreve o comportamento humano que se pretende evitar. Materialmente, o tipo representa uma valoração ético-social que se evidencia tanto na escolha dos bens a serem juridicamente tutelados como nas condutas a serem rotuladas de proibidas.

¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 75. No mesmo sentido: ZAFFA, RICARDO A. RONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 83.

Sendo o tipo penal um modelo abstrato de comportamento humano proibido, *tipicidade* é a qualidade conferida à conduta que encontra precisa descrição no modelo abstrato. Segundo o modelo interpretativo da realidade, proposto pela teoria do delito em seu conceito analítico, a *tipicidade* é a primeira característica a ser reconhecida na conduta punível. Para que uma conduta humana seja típica, é necessário que, além de ajustar-se de maneira formal a um tipo legal de delito, represente, de forma material, lesão relevante ao bem juridicamente protegido, o que caracteriza a conduta como socialmente reprovável.

Para a compreensão do fato típico, é necessário que se perceba qual o bem jurídico que a lei quer proteger, qual o verbo que representa o núcleo do comportamento proibido, quais os acessórios que lhe indicam o sentido do comportamento, bem como quais são os elementos normativos e subjetivos que se encontram inseridos na descrição hipotética da lei. O tipo legal ainda faz perceber o sujeito ativo, o sujeito passivo e a relação de causalidade que deve existir entre a ação do primeiro e o resultado penalmente indesejado.

Tipo incriminador e norma proibitiva. A responsabilidade penal pressupõe sempre a violação da norma proibitivo-afirmativa do bem jurídico, que é subjacente a um tipo penal incriminador. O tipo incriminador descreve a conduta delitiva e não se confunde com a norma jurídica. A norma jurídica fundamenta a elaboração do preceito incriminador-descriptivo e coloca-se em sentido contrário ao comportamento descrito. Após a obra clássica de Binding sobre a teoria das normas, foi possível perceber que é a norma, como proposição jurídica, que expressa um valor sobre a conduta humana. O preceito incriminador apenas descreve a conduta proibida, mas é a norma que indica a contrariedade do fato com a ordem jurídica. No exemplo do homicídio, o tipo descreve a conduta proibida de *matar alguém*, e a norma jurídico-penal que lhe é subjacente impõe a todos os indivíduos o dever de *não matar alguém*. É a violação da norma, por meio da realização da conduta descrita no preceito, que autoriza a realização do *ius puniendi*.

Na verificação da tipicidade da conduta, o intérprete deverá identificar a norma jurídica que visa a proteger o bem jurídico. Contudo, o operador do direito não encontrará a norma proibitiva expressa de maneira formal na lei, portanto, será necessário extrai-la do sistema normativo. Pode-se até dizer que as normas mais importantes para a construção da noção de delito não se encontram inseridas de maneira expressa no direito escrito.² Mas a tarefa não é difícil. A norma jurídico-proibitiva se deixa conhecer plenamente por meio da descrição formulada pelo tipo incriminador. A descrição legal do comportamento proibido permite verificar na realidade social a ocorrência da violação à norma jurídica. Se

o comportamento que concretamente se examina for descrito de maneira fiel pelo tipo incriminador, ocorrerá a violação da norma que lhe é subjacente.

Pressuposto: conduta humana voluntária. A conduta humana desempenha papel conceitual de extrema importância na formulação analítica do delito, posto que é o referencial sobre o qual se agregam os atributos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Verdaderamente, a conduta marca o ponto de apoio de toda a construção analítica, pois o indivíduo somente deve receber a censura penal em virtude dos atos efetivamente praticados. Por isso, ausente a conduta, inviabilizado está o próprio exame analítico do delito.

No início da elaboração analítica do delito, a ação delitiva foi considerada estritamente em seus aspectos objetivos, quando se compreendeu a ação como movimento físico que produz resultado naturalístico relevante e a omissão como decorrente das atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolve para evitar a movimentação corpórea.³ Vencida essa fase de inicial mecanicismo, o Direito Penal percebeu a omissão como um dos aspectos volitivos da atividade humana que enfrenta o dever legal de agir. Hoje, a ação ou omissão do homem somente é considerada conduta quando for expressão de sua vontade individual. Assim, deve-se entender por conduta penalmente relevante a ação ou omissão humana que, livre e conscientemente, for dirigida por uma finalidade para a realização de determinado objetivo.

A orientação finalística que dirige o comportamento constitui aspecto importantíssimo da construção teórica do delito, pois evidencia juízo teleológico de negação dos valores e interesses juridicamente tutelados.⁴ Vale notar que se a existência do elemento subjetivo é essencial para a caracterização da conduta jurídico-penal relevante, o juízo valorativo sobre tais elementos intencionais pertencem ao exame da tipicidade.

O movimento corpóreo somente poderá ser considerado conduta punível quando coincidente com a descrição legal da matéria de proibição e quando for produto da livre manifestação da vontade individual. Como é característica fundamental da conduta punível a manifestação da vontade individual, deve-se excluir do conceito jurídico-penal de conduta os movimentos corpóreos absolutamente independentes da vontade. Dessa forma, não caracterizam conduta penalmente relevante aquelas decorrentes de coação física absoluta (*vis absoluta*), produzidas em estados de inconsciência; bem como aquelas nas quais não se reconheça qualquer ligação psíquica entre o movimento corpóreo e a vontade consciente do autor.⁵ No que diz respeito à coação irresistível, é preciso perceber que apenas a coação física absoluta descaracteriza a conduta jurídico-penal relevante. O mo-

² KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, p. 4.

³ III. v. *Teoría del delito*, 9ª ed., pp. 165-166.

³ BELING, Ernest. *Esquema de derecho penal*, p. 20.

⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*, v. 1, p. 231.

⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 28.

vimento corpóreo que, neste caso, verifica-se não é expressão da vontade do autor, mas, sim, da força que sobre este é exercida. Tal situação deve levar a um juízo de atipicidade, posto que, para a realização do fato típico, é necessária não apenas a relação de causalidade do movimento com o resultado, mas, sobretudo, a vinculação psíquica do agente com o fato, materializada no dolo ou na culpa *stricto sensu*. O mesmo não acontece quando a coação irresistível é de natureza *moral* - vis compulsiva - posto que, nessa situação, o agente comanda o seu movimento corpóreo. Nessas hipóteses, a conduta poderá não ser reprovável (juízo negativo de culpabilidade) devido à inexigibilidade de conduta diversa.

Nas situações de hipnose, resoluções extremamente rápidas (atos em curto-circuito) e nos estados de total inconsciência também não se caracteriza a conduta jurídico-penal relevante, pois o movimento corpóreo (ou a ausência de movimento) não é manifestação da vontade individual, não se prestando a referência naturalístico para o conceito analítico do delito. O fato proveniente do movimento é atípico, já que não possui elemento subjetivo. Contudo, deve-se reconhecer a existência da conduta, caso se possa perceber um mínimo de impulso volitivo que estabeleça a ligação psíquica entre o sujeito e o comportamento.

2. FUNÇÕES DO TIPO

A doutrina atribui ao tipo penal, em especial, as funções de selecionar os comportamentos humanos penalmente relevantes; de garantir a liberdade individual; de motivar os membros da sociedade; e, por fim, de regulamentar as consequências do erro penalmente relevante.⁶

2.1 Selecionar a Matéria de Proibição

Nem todos os bens jurídicos recebem tutela específica do Direito Penal. Os bens que se encontram juridicamente protegidos pelas normas penais são aquelas que exigem proteção especial, por se revelarem insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em seus aspectos extrapenais. Todavia, o bem jurídico é protegido pelo Direito Penal apenas de algumas das formas possíveis de violação, e não de todas as formas de violação.⁷ É justamente essa característica de proteção parcial que confere caráter *fragmentário* ao Direito Penal.

Entretanto, é necessário perceber que a escolha dos bens e interesses a serem juridicamente tutelados depende dos juízos de valor próprios ao legislador.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 42. No mesmo sentido: ROXIN Claus. *Teoria del tipo penal*, p. 170.

⁷ WEITZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 16. No mesmo sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 17. O autor ressalta que a tutela jurídico-penal não se presta à proteção integral do bem jurídico, mas apenas de determinadas lesões, em conformidade com um princípio de intervenção mínima.

posto que um ato não é criminoso em si mesmo, só passando a sê-lo em virtude da norma jurídica que o qualifica como tal.⁸

Um juízo de valor representa o trabalho de uma apreciação subjetiva, ou seja, da participação da consciência de quem valora, no ato de vinculação do sujeito ao predicado.⁹ A gênese da norma jurídica, necessariamente, traz embutido o resultado de uma tomada de posição diante do fato social. Assim, a consideração do que seja socialmente inadequado dependerá sempre do *porto de vista* daquele que detém o poder de imposição (eleição da conduta proibida).

Pode-se observar que a criminalidade e o delito não fazem parte de uma realidade natural, mas sim da construção jurídico-social que depende dos juízos valorativos que produzem a qualidade de criminoso na conduta à qual se aplicam. É a atividade de definição do que é delituoso ou não, realizada pelos componentes das instâncias que detêm o poder de controle social, que relaciona os indivíduos e suas condutas à consideração de criminoso e de crime.¹⁰

Dessa forma, a definição de crime revela-se dependente dos interesses, das crenças e da cultura dos indivíduos que usufruem posição de predomínio na determinação do que seja inadequado, ou seja, das *autoridades*.

2.2 Garantir a Liberdade Individual

A observância do princípio constitucional do *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege*, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, exige que o tipo penal descreva exaustivamente a conduta que constitui matéria de proibição. Tal exigência visa a possibilitar a identificação do que é socialmente proibido, em momento anterior à prática da conduta. Nesse sentido, o tipo penal possui especial função de garantia ao indivíduo, que somente poderá ser punido por prática conduta previamente identificada como proibida.

Cabe, entretanto, observar que o grau de vinculação do juiz à lei se determina pelo grau de precisão com que a vontade social consegue se expressar no texto legal. Dessa forma, a eficácia da função de garantia da lei penal depende

⁸ PELAEZ, Michelangelo. *Introdução ao estudo da criminologia*, p. 38. CASTRO, Lóla Anyiár de. *Criminologia da reação social*, p. 97. Esta autora esclarece que o posicionamento da criminologia interacionista situa-se no reconhecimento de que a causa do delito é a lei, não quem a viola, posto que é a norma que transforma uma conduta lícita em ilícita.

⁹ REALÉ, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 248.

¹⁰ THOMPSON, Augusto Frederico G. *Quem são os criminosos?*, p. 46-47. Afirma o autor que a Criminologia é ciência interessada, na medida em que seu objeto de estudo encontra-se demarcado pelo poder político e que, como os indivíduos formalmente reconhecidos como criminosos, estão encarcerados, representam inexpressiva minoria dos autores de conduta punível, o estudo realiza-se com base em exceções; e CASTRO, Lóla Anyiár de. *Criminologia da reação social*, p. 7, 15-17, 97 e 110.

fundamentalmente da boa técnica legislativa.¹¹ Os tipos penais que contêm elementos cuja compreensão seja difícil ao cidadão desatendem a função de garantia que lhe é inerente.

2.3 *Motivar os Membros da Sociedade*

Por meio da descrição do comportamento proibido e da consequência jurídica de sua prática, o legislador espera estimular os indivíduos a se absterem de cometer crimes. A partir das colocações de Feuerbach, passou-se a reconhecer que a intimidação de todos os possíveis protagonistas de lesões penalmente relevantes é um dos objetivos do estabelecimento da matéria de proibição e da cominação de penas. Nessa perspectiva, com a norma jurídica subjacente ao tipo penal e a cominação penal, é possível produzir prevenção geral mediante o exercício de coação psicológica.¹² A concreta imposição da pena demonstraria que a ameaça anteriormente formulada foi cumprida, o que desestimularia os possíveis autores de crime.

No entanto, atualmente, as ideias de prevenção geral e de prevenção especial (uma variante do pensamento de Feuerbach) vivem um momento de descrédito. Na realidade, o tipo não possui a força intimidativa que se espera possa ter. O enfoque que ressalta a função motivadora do tipo faz parte do discurso justificacionista do direito penal que pretende legitimar, em conjunto com outros requisitos, o exercício da repressão.

2.4 *Definir Espécies de Erro Relevante*

Consoante o estatuto repressivo nacional, o tipo ainda possui a função de diferenciar as espécies de erro penalmente relevante, possibilitando a regulamentação precisa de suas consequências jurídicas.

Segundo o art. 20 do Código Penal, o indivíduo somente poderá ser punido pela prática de crime doloso quando conhecer todas as circunstâncias de fato que pertençam ao tipo penal. Dessa forma, o tipo penal desempenha a tarefa de estabelecer todos os elementos sobre os quais deve referir-se a intenção que orienta o comportamento proibido. Havendo erro sobre a existência desses pressupostos fáticos, o instituto do *erro de tipo* impede que se responsabilize quem realiza a conduta proibida a título de dolo. O *erro de tipo* será objeto de estudo no item 6 deste capítulo.

3. CONTEÚDO NORMATIVO DO TIPO

Para se compreender o estágio atual da teoria do tipo, é necessário analisar a evolução que seu conceito apresentou. A doutrina jurídico-penal, ao longo do

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 173.
¹² VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal*, p. 60-61.

(...) Ronaldo elegeu o objeto especificamente jurídico de sua tese: as mudanças que estão surgindo no direito contratual, mais especificamente as transformações em andamento nos contratos de longa duração, os assim chamados contratos relacionais, cujos princípios norteadores — a solidariedade, a confiança e a cooperação — são fatores decisivos numa ordem econômica onde as vantagens relativas cada vez mais dependem das redes e das práticas coordenadas de produção e comercialização.

José Eduardo Faria

LM
Livraria