

Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni

Elaborado em 05.2006.

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela USP. Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG. Co-coordenador dos cursos de pós-graduação da Rede de Ensino LFG. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

A tipicidade penal (sendo um conceito muito mais amplo e abrangente que o de tipicidade legal, como vimos), de acordo com a teoria constitucionalista do delito que estamos adotando, compreende três dimensões:

(a) a *formal-objetiva* (ou fática/legal ou lingüística), que envolve a conduta (mais o sujeito ativo dela, o sujeito passivo, o objeto material, seus pressupostos), o resultado naturalístico (nos crimes materiais), o nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado naturalístico), as exigências temporais, espaciais, modo de execução da conduta etc., assim como a adequação do fato à letra da lei;

(b) a *material* (ou normativa), que exige três juízos valorativos distintos: 1º *juízo de desaprovação da conduta* (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes); 2º *juízo de desaprovação do resultado jurídico* (*ofensa desvaliosa* ao bem jurídico ou desvalor do resultado, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) e 3º *juízo de imputação objetiva do resultado* (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – "nexo de imputação");

(c) a *subjetiva* (constatação do dolo e outros eventuais requisitos subjetivos especiais).

As duas primeiras dimensões da tipicidade penal (formal-objetiva e material) espelham a distinção (hoje absolutamente indiscutível no Direito penal) entre *causação*, *desvalorização* e *imputação* do fato (aliás, a distinção entre causação e imputação aparece de modo inequívoco no art. 13 do CP).

A dimensão formal-objetiva ou fática/legal (do fato materialmente típico) cuida da causação (da relação de causa e efeito e do princípio da legalidade). A doutrina penal clássica voltava-se somente para essa dimensão. Esqueceu (quase que) por completo do aspecto da desvalorização da conduta ou mesmo da atribuição (imputação) do fato ao agente. Na dimensão material, ao contrário, temos que examinar as questões relacionadas com a desvalorização da conduta e do resultado jurídico assim como com a imputação (atribuição) do fato ao seu agente (para se descobrir se o fato foi obra dele). Todo delito, destarte, possui duas dimensões. Nos crimes dolosos ainda se requer uma terceira, que é a

subjetiva (que compreende o dolo e outros eventuais requisitos subjetivos).

O conceito de tipicidade penal (sob o enfoque material e constitucional) que estamos defendendo (e que compreende a tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva) aproxima-se muito do conceito de *tipicidade conglobante* de Zaffaroni [01], cujo enunciado mais elementar poderia ser descrito da seguinte maneira: o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra.

Para o autor mencionado a tipicidade nos crimes dolosos é complexa e divide-se em objetiva e subjetiva. A tipicidade objetiva é composta de uma parte sistemática e outra conglobante. Da primeira fazem parte a conduta, o resultado naturalístico (em alguns crimes), o nexo de causalidade e a adequação típica do fato à letra da lei. Integram a segunda (a) a lesividade e (b) a imputação objetiva.

Zaffaroni sublinha que o tipo penal (que é uma construção dogmática) tem a missão de limitar o exercício do poder punitivo, que não pode se transformar numa irracionalidade. A tipicidade objetiva tem a função de retratar um fato criminoso, isto é, um conflito penal (a conflitividade), que é uma das barreiras insuperáveis da racionalidade do poder punitivo. Do tipo objetivo, então, fazem parte o tipo sistemático (conduta, resultado, etc.) assim como o tipo conglobante. A tipicidade conglobante é a sede da conflitividade. Logo, cuida ela da lesividade assim como da imputação objetiva.

Para o autor citado, como se nota, os critérios de imputação objetiva (criação ou incremento de riscos proibidos) fazem parte do que ele chama de tipicidade conglobante. O crime doloso seria então composto de tipicidade objetiva + tipicidade subjetiva. Leia-se: de tipicidade sistemática + tipicidade conglobante + dimensão subjetiva (dolo e outros eventuais requisitos subjetivos).

Em nossa configuração, todos os delitos (dolosos ou culposos) contam com uma dimensão formal-objetiva (fática/legal) e outra material-normativa. Nos crimes dolosos ainda há a dimensão subjetiva.

Esquemáticamente, no crime doloso, a tipicidade para Zaffaroni seria: tipicidade objetiva + tipicidade subjetiva. Aquela compreenderia a tipicidade sistemática + tipicidade conglobante.

Para nós, a tipicidade penal é composta da tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva.

O que Zaffaroni chama de tipicidade conglobante (ofensividade + imputação objetiva) nós denominamos de tipicidade material, que requer (de acordo com nossa concepção) três juízos valorativos distintos: 1º) juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes); 2º) juízo de desaprovação do resultado jurídico

(ofensa desvaliosa ao bem jurídico, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) e 3º) juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado – "nexo de imputação").

O resultado jurídico será desvalioso quando a ofensa for (a) concreta ou real (perigo abstrato ou presunção de perigo não encontra espaço no Direito penal da ofensividade), (b) transcendental, ou seja, dirigida a bens jurídicos de terceiros (nunca o sacrifício de bens jurídicos próprios pode justificar a imposição de um castigo penal), (c) grave ou significativa (relevante) e (d) intolerável.

A distinção entre nossa construção (teoria constitucionalista do delito) e a de Zaffaroni (teoria da tipicidade conglobante) reside na agregação de alguns detalhamentos na tipicidade material.

Da obra de Zaffaroni podemos inferir mas não resultam claros os três juízos distintos que compõem o lado material da tipicidade (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva do resultado).

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

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

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

NOTA

[01] Sobre o conceito de tipicidade conglobante cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos

Aires: Ediar, 2001, p. 461 e ss.