

ADEQUAÇÃO TÍPICA DA DENÚNCIA *

Luiz Carlos Gomes

Promotor Público em Cruz Alta

Sumário: 1 — A relevância do tipo penal. 2 — O princípio constitucional do contraditório e a tipicidade. 3 — Os pressupostos para a admissão da “*persecutio criminis*”: a adequação típica da denúncia. 4 — A estrutura do tipo e sua repercussão processual. 5 — O dolo e o elemento subjetivo do injusto. 6 — O elemento normativo e o juízo de valor. — 7 Conclusões.

1. Consoante MAURACH, o Direito Penal moderno é um Direito Penal fundado no tipo, porque o tipo é, por um lado, limitação do poder estatal de punir (função de garantia), e, por outro lado, fundamento do fato punível (função de fundamentação) (1).

Por isso mesmo, BELING assinala que o tipo legal (*tatbestand*) é um conceito fundamental para todo o Direito Punitivo (2).

Ora, na simples enunciação de ANÍBAL BRUNO, a tipicidade é a conformidade do fato com a descrição precisa da definição legal. É o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal. Ou, como pretende BELING, é a imagem reguladora (*leitbild*), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime (3).

* Trabalho apresentado ao 3.º Seminário de Estudos e Debates, realizado em Santo Angelo, de 22 a 26 de outubro de 1973.

Assim, se a ação é atípica, não há crime, ou na máxima de BELING, não há crime sem tipicidade, expressão que revigora o famoso aforismo “nullum crimen sine lege”.

2. A Lei Maior, no elenco dos direitos e garantias individuais, assegura a plenitude da defesa (art. 153, § 15) e a instrução criminal contraditória (art. 153, § 16).

O contraditório decorre da isonomia processual, a qual, por sua vez, é corolário do princípio constitucional da igualdade perante a lei. O contraditório, aliás, é inerente a toda resolução processual de litígios (4), consistindo, essencialmente, na livre contraposição dos elementos de acusação, e de defesa, a fim de iluminar o juízo, de forma idônea, a respeito da verdade real (5).

Essa livre contraposição, que traduz a dinâmica do contraditório, inicia-se com a formulação da denúncia, peça incoadora da instância penal.

Segue-se, pois, que a própria denúncia, justamente em atendimento à garantia constitucional do contraditório, e em respeito à plenitude da defesa (inerente ao contraditório), não pode ignorar que a noção do tipo constitui o centro de gravidade do Direito Penal moderno, de tal sorte que os fatos que se não enquadram dentro de um tipo determinado, não penetram na área do Direito Penal (6).

Daí resulta o condicionamento da ação penal à adequação típica do fato. Daí o entendimento de JIMÉNEZ DE ASÚA, no sentido de que a teoria da tipicidade tem importância superlativa em matéria processual (7).

3. Como observa J. GOLDSCHMIDT, os atos postulatórios devem passar primeiro sob o crivo do julgamento de admissibilidade (8). Esta regra estende-se, também, aos atos postulatórios criminais, gerando um controle judicial sobre a denúncia, que se exercita já no despacho liminar. É que a “persecutio criminis” afeta sempre o “status dignitatis” do acusado (9).

Em vista disso, o recebimento da denúncia contém, implícito, um juízo de admissibilidade, que decorre do exame de três pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação (10).

A falta de qualquer um desses pressupostos (condições da ação), torna inepta a denúncia, provocando a rejeição liminar da acusação (11).

Assim, em se atribuindo a alguém um fato que, mesmo em tese, não constitui crime (isto é, fato típico), não há falar-se em "jus actionis" e a denúncia deve ser rejeitada (art. 43, n.º I, do Código de Processo Penal).

É claro que a admissibilidade da persecução penal não se condiciona pela existência de punibilidade, eis que as condições de uma são essencialmente diferentes das condições da outra (12).

Todavia, para que a ação penal seja admissível, o causador deve subsumir os fatos em descrição de figura típica. É a aplicação prática de um corolário processual da teoria da tipicidade: na inicial, deve o acusador mostrar que os fatos descritos se enquadram em descrição legal de figura delituosa, isto é, que constituem fato típico, e que, por trazerem, também, os caracteres de ação anti-jurídica e culpável, se apresentam como crime (13).

Ao elaborar a denúncia, o titular da acusação deve articular, expressamente, todos os elementos necessários à adequação típica, dado que, no dizer de JIMÉNEZ DE ASÚA, o juiz não poderá atuar, sem que o fato se revista de todos os elementos do tipo delituoso (14).

4. O tipo, por definição, é a fórmula descritiva das circunstâncias **objetivas** do crime. Os seus elementos são essencialmente, descritivos e objetivos (15). Entretanto, em certas construções dos tipos penais, juntam-se elementos **normativos**, além dos elementos puramente descritivos (16).

Além disso, muitas vezes a fórmula do tipo compõe-se não só das condições objetivas do fato, mas de **elementos subjetivos** do agente, ou seja, dos processos anímicos ou psicológicos que o legislador inclui na descrição da norma penal (17).

É o caso da receptação dolosa, onde a lei inclui, expressamente, na fórmula do tipo, o proveito do agente (próprio ou alheio). Realmente, o "animus lucrandi" — di-lo JIMÉNEZ DE ASÚA — quando explicitamente formulado na descrição legal, é elemento inserto no tipo. Chamando-o "elemento subjetivo do injusto", o insigne penalista esclarece que a carência do mesmo implica em ausência de adequação típica (18).

Dessarte, a finalidade da ação delituosa na receptação (dolo específico), isto é, a obtenção de proveito próprio ou alheio (19), ou seja, a operação lucrativa (20), ou, ainda, o “animus lucrandi” (21), é elemento integrante do tipo.

Em sendo assim, o proveito do agente, integrado na estrutura do tipo, deve ser articulado expressamente na denúncia, com todas as circunstâncias que o caracterizam (art. 41 do Código de Processo Penal).

Quando o tipo penal incluir, em sua estrutura, elementos normativos e elementos subjetivos do injusto, a articulação acusatória, sob pena de rejeição por inépcia, deve incluir todos esses elementos, não podendo limitar-se à enunciação objetiva dos elementos meramente descritivos do tipo.

É natural que, quanto mais limitado e preciso for o tipo, quanto menos carecente de interpretação, mais segurança e firmeza confere ao Direito. Assim, os elementos normativos — e também os subjetivos — quando presentes na fórmula do tipo, afetam, em certa medida, aquela firmeza e segurança (22). Todavia, esses elementos (normativos e subjetivos) não podem ser arredados, mesmo na inicial acusatória, por essenciais à adequação típica do fato, e, assim, por fundamentais à efetiva formação do contraditório.

Por oportuno, convém ressaltar que a **adequação social da ação** a que alude WELZEL (23), não obsta a persecução criminal, pois é matéria que, irrelevante para a denúncia, só oferece interesse para a defesa e para o julgamento final. A adequação social da ação não exclui a figura típica, podendo, eventualmente, uma vez comprovada, ser causa de justificação de um comportamento típico, por falta de anti-juridicidade.

5. Desde um conceito analítico, produto de paciente e profunda elaboração, sobretudo da dogmática germânica, o crime é definido como ação típica, antijurídica e culpável (24).

Em princípio, o dolo comum, inerente à prática intencional de qualquer delito, não se insere na estrutura do tipo, não integra a tipicidade, respondendo, apenas, pela natureza culpável do fato típico.

Contudo, a mera voluntariedade do ato não é suporte suficiente para o elemento subjetivo do injusto, e, por isso, não justifica, por si só, a perseguibilidade.

A adequação típica, indispensável à instauração da instância penal, em abrangendo todos os elementos (objetivos, normativos e subjetivos) que se inserem na estrutura do tipo, compreende, também, os elementos subjetivos do injusto que não tenham sido incluídos, expressamente, na imagem legal reguladora. É que, embora o elemento subjetivo do injusto, via de regra, seja objeto de explícita formulação legal, outras vezes, porém, é descoberto pela elaboração dogmática (25).

Com efeito, o elemento subjetivo do injusto dá sentido aos tipos, inclusive em certas infrações puníveis em que não consta, taxativamente, característica alguma de índole subjetiva, exigindo-se-a, não obstante, face à sua natureza transcendente, a fim de que a conduta possa subsumir-se no tipo legal (26).

No tipo legal do uso de documento falso, por exemplo, é necessário que o uso se faça com o conhecimento da falsidade, quando menos a título de dolo eventual (27). Neste caso, o conhecimento da falsidade, por sua transcendência, deve ser havido como elemento subjetivo do injusto, e, como tal, integrante da estrutura do tipo (apesar de não explicitado na fórmula legal).

Não padece dúvida de que a conduta desligada do elemento subjetivo do injusto, carece de adequação típica (28). Se o verbo é o núcleo do tipo (29), o elemento subjetivo do injusto é a sua nota tônica.

Dessarte, seria um contra-senso face ao Direito Penal moderno, circunscrever a articulação acusatória aos elementos meramente objetivos do fato, visto como, dentro dessa perspectiva, exigir-se-ia, apenas, um suporte para um fato carente de adequação típica. Como não há crime sem tipicidade, a condição de viabilidade exigida para o exercício da ação penal, não poderia ser satisfeita, e haveria sempre falta de justa-causa para a coação processual.

Não basta, portanto, para a instauração da "persecutio criminis", que os elementos objetivos do fato subsumível em tipo legal, estejam convenientemente descritos na denúncia. É preciso que a articulação acusatória esteja integrada com a enunciação dos elementos subjetivos do injusto (mesmo quando implícitos, ou seja, produto de elaboração dogmática).

6. Os elementos normativos, a seu turno, exigem dentro do próprio plano da tipicidade (30), ou, quando menos, um juízo cognitivo (31), com base nos conhecimentos gerais oferecidos pela experiência.

É claro, porém, que essa valoração é reservada ao julgador, incumbindo ao acusador, no entanto, a articulação objetiva dos elementos meramente descritivos do tipo, e a **particularização dos elementos normativos** (sem prejuízo da inclusão dos elementos subjetivos do injusto).

É o caso da expressão documento, incluída na definição legal de determinadas construções típicas (32).

A doutrina penal conceitua a expressão documento particular, contida na definição legal do crime de falsidade ideológica, como o escrito destinado a meio de prova de alguma relação jurídica (33). E, mesmo no caso de falsificação documental, que é uma figura mais grave, o escrito particular deve ter força probatória com consequência jurídica (34).

Assim, o acusador deverá particularizar, na peça incoadora da instância penal, o documento falsificado, caracterizando-o e declinando-lhe a natureza jurídica (contrato, promessa de pagamento, confissão de dívida, atestado, etc.), de modo a possibilitar o contraditório que antecederá o **juízo de valor** necessário à configuração do elemento normativo do tipo penal.

7. Infere-se, pois, que a denúncia não pode ser uma peça empírica. A sua formulação deve ter cunho científico, tratando-se, por isso, de tarefa que só pode ser cometida a agentes especializados na técnica acusatória — os membros efetivos do Ministério Público.

A seriedade da ação penal, a garantia constitucional da plenitude da defesa e do contraditório, os princípios de liberdade e de igualdade perante a lei, e o próprio "status dignitatis" do acusado (afetado pela persecução penal), exigem uma formulação científica da peça incoadora da ação penal. Uma formulação que respeite a máxima de BELING, no sentido de que não há crime sem tipicidade. Uma articulação que empreste ao fato descrito uma perfeita adequação típica, incluindo todos os elementos que se inserem na estrutura do tipo, a saber:

- a) os elementos objetivos, de caráter meramente descritivo;
- b) os elementos normativos (que reclamam um juízo de valor ou um juízo de cognição), devidamente particularizados;

- c) os elementos subjetivos do injusto, não só aqueles de referência explícita no tipo, mas também aqueles que, por sua transcendência, são havidos como tais, apesar de implícitos na imagem reguladora, em virtude de construção de dogmática jurídico-penal.

Uma inicial acusatória que se não revista de todos esses requisitos, deve ser rejeitada liminarmente, por inepta. Uma inicial que não explicita todos os elementos constitutivos do fato típico, não pode ultrapassar o juízo prévio da admissibilidade.

E, se eventualmente for recebida, dará ensejo ao *habeas corpus* (art. 648, incs. I e VI, do Código de Processo Penal).

Por derradeiro, cumpre enfatizar que o aditamento à denúncia (como é elementar) e o libelo-crime também devem guardar adequação típica. No libelo-crime o problema não tem maior relevância, eis que o mesmo, via de regra, versa sobre tipos meramente objetivos (homicídios, lesões corporais).

Todavia, nos casos de competência por conexão ou continência (art. 78, inc. I, do Código de Processo Penal), envolvendo tipos de maior complexidade estrutural, o assunto ganha extrema importância.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) apud ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, 1959, vol. I, tomo I, pág. 334.
- (2) BELING, *Esquema de Direito Penal*, Bs. Aires, 1944, § 16, V.
- (3) ANÍBAL BRUNO, *op. cit.*, vol. cit., págs. 277 e 327.
- (4) FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, ed. 1961, vol. I, pág. 82.
- (5) VINCENZO MANZINI, *Instituzioni di Diritto Processuale Penale*, Padova, 1954, pág. 46.
- (6) ANÍBAL BRUNO, *Estudos de Direito e Proc. Penal*, 1962, pág. 55.
- (7) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. Aires, 1951, vol. III, pág. 807;
- (8) J. GOLDSCHMIDT, *Teoria General del Proceso*, 1936, pág. 105.
- (9) FREDERICO MARQUES, *Elementos cit.*, vol. II, pág. 161/163.
- (10) FREDERICO MARQUES, *idem*, *ibidem*.
- (11) FREDERICO MARQUES, *idem*, *ibidem*.
- (12) ERNST BELING, *Derecho Proc. Penal*, Labor, 1943, pág. 62.
- (13) FREDERICO MARQUES, *Elementos cit.*, vol. II, pág. 157.

- (14) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trat. cit.*, vol. cit., pág. 804.
- (15) ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal cit.*, vol. cit., pág. 329.
- (16) MEZGER, *Derecho Penal*, Bs. Aires, 1958, vol. I, pág. 318.
ANÍBAL BRUNO, *op. cit.*, vol. cit., pág. 332.
- (17) MEZGER, *op. cit.*, vol. cit., pág. 318.
- (18) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trat. cit.*, págs. 715/716, 764 e 816.
- (19) MAGGIORE, *Derecho Penal*, 1956, vol. V, pág. 196, Bogotá.
- (20) SOLER, *Derecho Penal*, 1951, vol. V, pág. 289.
- (21) HUNGRIA, *Comentários*, 1955, vol. VII, pág. 299.
- (22) ANÍBAL BRUNO, *Estudos cit.*, pág. 50.
- (23) apud ANÍBAL BRUNO, *Estudos D. Pen. cit.*, vol. cit., pág. 58.
- (24) ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal cit.*, vol. cit., pág. 274.
- (25) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, vol. cit., pág. 816/817.
- (26) JIMÉNEZ DE ASÚA, *idem*, *ibidem*.
- (27) HUNGRIA, *Comentários*, 1958, vol. IX, pág. 298.
MAGALHAES NORONHA, *Direito Penal*, vol. 4.º, pág. 228.
MANZINI, *Trat. Dir. Penale*, 1926, vol. VI, pág. 222.
LOMBARDI, *Trat. Dir. Penale*, Milano, 1935, pág. 390.
- (28) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado cit.*, vol. cit., pág. 816.
- (29) FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. 2.º, pág. 77.
- (30) FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. 2.º, pág. 81.
- (31) MEZGER, *Derecho Penal cit.*, vol. cit., pág. 147.
- (32) ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. cit., pág. 332.
FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. 2.º, pág. 82.
- (33) HUNGRIA, *Comentários cit.*, vol. IX, pág. 280.
MAGALHAES NORONHA, *op. cit.*, vol. 4.º, pág. 234.
- (34) LOMBARDI, *op. cit.*, vol. cit., pág. 357 (*Delitti contro la Fede Pubblica*, Milano, 1935).