

A CONCEPÇÃO E FINALIDADE DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE CONCEPTION AND PURPOSE OF THE THEORY OF CONGLOBANT TYPICITY IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Wilmar Fernandes Vieira Neto⁷⁵
Ygor de Almeida Batista⁷⁶

RESUMO

Pretende-se, neste artigo, ilustrar as características e a aplicabilidade da Teoria da Tipicidade Conglobante, tese idealizada e defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni. Inicia-se com um sucinto estudo pela evolução histórica acerca da tipicidade. Por conseguinte, passa-se à exploração lacônica dos elementos do tipo, tipicidade e teorias existentes e, por fim, à erudição da teoria da tipicidade conglobante. Sabe-se, que a tipicidade conglobante consiste no mero ajuste da conduta praticada à norma penal incriminadora, somando-se à relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado e a não determinação ou incentivação de outro ramo jurídico. Assim, deduz-se que a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, mas qual o intuito desta teoria para o Direito Penal e como ocorre a sua aplicação no Brasil? Nesta senda, além de definir e ilustrar a evolução histórica e a aplicabilidade desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro este artigo também apresenta as possibilidades de transferência das excludentes de ilicitude para a tipicidade, quais sejam exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Palavras-chave: Direito Penal. Excludentes. Ordenamento Jurídico. Tipicidade Conglobante.

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

ABSTRACT

The purpose of this article is to illustrate the characteristics and applicability of the Theory of Conglobant Typicality, a thesis idealized and defended by Eugenio Raúl Zaffaroni. It begins with a brief study of the historical evolution of typicality. Consequently, we move on to the laconic exploration of elements of the type, typicality and existing theories and, finally, the erudition of the theory of conglobant typicality. It is known that conglobating typicality consists in the mere adjustment of the conduct practiced to the incriminating criminal norm, adding to the relevance of the injury or danger of injury to the protected legal property and the failure to determine or encourage another legal branch. Thus, it is deduced that conglobant typicality is a corrective of legal typicality, but what is the purpose of this theory for Criminal Law and how does it apply in Brazil? Along this path, in addition to defining and illustrating the historical evolution and the applicability of this theory in the Brazilian legal system, this article also presents the possibilities of transferring illegitimate excluders to the typical, which are regular exercise of law and strict compliance with legal duty.

Keywords: Criminal Law. Excluders. Legal Order. Conglobant Typicality.

75 Currículo Lattes (<http://lattes.cnpq.br/71208854875002296>) wilmarnt@hotmail.com

76 (Orientador) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: prof.ygor@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Teoria da Tipicidade Conglobante é uma tese idealizada e defendida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. Seguindo tal raciocínio, este é atrelado às análises da tipicidade penal, sendo necessária a avaliação da tipicidade formal e conglobante, sendo esta última referente à soma da tipicidade material e atos antinormativos, leia-se, não determinado ou incentivado por qualquer norma jurídica.

Neste vértice, a proposta desta teoria é harmonizar os diversos ramos do Direito, partindo da premissa do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a tipicidade conglobante consiste no mero ajuste da conduta praticada à norma penal incriminadora, somando-se à relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado e a não determinação ou incentivação de outro ramo jurídico.

Infere-se, que a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, mas qual o intuito desta teoria para o Direito Penal e como ocorre a sua aplicação no Brasil?

Deste modo, o presente trabalho exteriorizará a concepção e finalidade da Teoria da Tipicidade Conglobante no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, essa pesquisa tem por objetivo definir e ilustrar a aplicabilidade desta Teoria no sistema jurídico pátrio, para então investigar as possibilidades de excludentes da conduta incriminadora.

Ademais, de modo específico, a intenção desta pesquisa é demonstrar, de forma breve, a evolução histórica da teoria e exemplificar condutas em que ocorre a transferência das excludentes de ilicitude para a tipicidade, quais sejam exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal.

Viceja-se, que hipoteticamente, a tipicidade conglobante compreende ser a conduta do fato típico descrita como proibida por todo o ordenamento jurídico, não sendo possível uma norma permitiva, determinada ou incentivada por outra seara jurídica, seja elencada como proibitiva pelo direito penal, havendo, assim, desequilíbrio normativo.

Outrossim, o presente trabalho possui importante relevância ao ordenamento jurídico brasileiro, pois trata de um tema técnico-jurídico, além disso, futuramente, poderá auxiliar estudantes, professores e demais operadores do Direito.

De mais a mais, como referencial teórico deste trabalho imperioso se fez a utilização da lição do idealizador do tema proposto, Eugenio Raúl Zaffaroni (2010) e demais doutrinadores, os quais exteriorizam seus conhecimentos para comentar, de maneira sutil e didática, acerca da referida teoria.

Em suma, a exequibilidade deste artigo se deu por meio de pesquisa instrumental, precisamente, doutrinária e legal. As técnicas de exploração investigativas utilizadas foram a bibliográfica e documental, mediante doutrinas disponíveis, *E-BOOKS*, artigos científicos, legislação vigente e jurisprudência pátria.

No primeiro capítulo aborda-se, brevemente, uma narrativa sobre a evolução histórico-jurídica acerca da tipicidade. Em seguida, é tecida uma sintética explanação a respeito de tipo e tipicidade, as normas preceituadas no ordenamento jurídico pátrio e as demais teorias concebidas em relação à tipicidade.

Nesta toada, o terceiro e derradeiro tópico reserva-se à apresentação da teoria da tipicidade conglobante com a devida interpretação dada à obra a fim de elucidar a concepção e finalidade desta criação. Além disso, demonstra-se casos legítimos e contemporâneos de transferência das excludentes de ilicitude para tipicidade, quais sejam estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, certificando-se, assim, a aplicabilidade desta teoria nos Tribunais brasileiros.

Por fim, concerne à conclusão, os pontos desenvolvidos substanciados, destacando-se a temática da teoria da tipicidade conglobante, bem como esclarecendo assuntos controversos acerca da tese.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TIPICIDADE

Em meados do Século XX, Franz Von Liszt, jurista austríaco, concebeu a teoria que determinava a ilicitude como sendo objetiva e a culpabilidade, com natureza psicológica/subjectiva. Neste ínterim, Liszt não tratou de tipicidade, tampouco a diferenciava de antijuridicidade, gerando, assim, incontáveis condutas que não eram consideradas crime (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010).

Neste sentido, em 1906, germinou a acepção contemporânea de tipicidade, com Ernst Von Beling, jurista alemão, especializado em Direito Penal. A princípio, a obra *Die Lehre vom Verbrechen*, de autoria de Beling, expressou a definição de *Tatbestand*, em italiano reconhecido como *Fattispecie* e tradicionalmente designado de Tipo em português (MASSON, 2020).

Tal denominação, refere-se à uma hipótese de fato, distinguindo a tipicidade da antijuridicidade. Desta forma, “o delito passou a possuir três partes: tipicidade e ilicitude, ambas objetivas, e culpabilidade, de ordem subjectiva. Assim, o tipo englobava apenas os aspectos exteriores da conduta, dispensando os elementos internos do agente” (MASSON, 2020, p. 227).

Nesta senda, Beling entendia que a tipicidade era meramente descritiva e avaliativa, sem detenção de vínculos com a ilicitude, apenas uma adequação do fato à norma. Este autor, com os precedentes da teoria clássica, relacionou-a com o que se considerou, então, fase da independência do tipo.

Mais tarde, precisamente, em 1915, Max Ernst Mayer, jurista criminal e filósofo alemão, na intenção de aperfeiçoar a tese de Beling, propôs a segunda fase da evolução da tipicidade, delimitada de teoria indiciária ou *ratio cognoscendi*. De acordo com o entendimento de Bitencourt (2020, p. 762):

Para Mayer, a tipicidade não tem simplesmente função descritiva de caráter objetivo, mas constitui indício da antijuridicidade. Mayer mantém a independência entre tipicidade e antijuridicidade, mas sustenta que o fato de uma conduta ser típica já representa um indício de sua antijuridicidade. Para facilitar o cumprimento dessa função indiciária, Mayer admitiu a inclusão de elementos normativos no tipo, que não seriam meramente descritivos, mas, sim, juízos de valor que, de certa forma, prejudicavam a antijuridicidade. Seguindo a colocação de Mayer, quem realiza o tipo já antecipa que, provavelmente, também infringiu o Direito, embora esse indício não se insira na proibição.

Em outros termos, Mayer considerou que além da tipicidade ser o primeiro pressuposto da pena e a antijuridicidade o segundo, aquela ainda é a *ratio cognoscendi* desta, ou seja, “adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, o qual, no entanto, cederá ante a configuração de uma causa de justificação. Por isso, o tipo é somente a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade e, como tal, independente dela” (BITENCOURT, 2020, p. 762).

Atualmente, a teoria da *ratio cognoscendi* é a mais aceita no Direito Penal, consagrando-se um sistema tripartido, com fases distintas e sucessivas para uma compreensão analítica sobre o crime, quais sejam, tipicidade, ilicitude e culpabilidade (MASSON, 2020).

Posteriormente, em 1931, fora publicado o *Tratado de Direito Penal*, de autoria de Edmund Mezger, advogado criminalista e teórico alemão, a fim de contestar a “neutralidade valorativa” de Beling, assim relacionando a tipicidade com a antijuridicidade, iniciando-se, assim, a terceira fase da evolução da tipicidade, aclamada de teoria da identidade ou *ratio essendi* (BITENCOURT, 2020).

Nesta fase, Mezger entendia que o tipo era a razão da essência da ilicitude ou *ratio essendi*, não havendo fato típico se a conduta fosse permitida pelo ordenamento jurídico,

configurando, assim, uma fusão entre fato típico e antijuridicidade. Caso a ilicitude fosse suprimida, automaticamente excluiria o fato típico (GRECO, 2017).

Neste contexto, Rogério Greco (2017, p. 294) apresenta a figuração exemplificativa acerca da teoria da *ratio essendi*:

A título de exemplo, o art. 121 do Código Penal, para aqueles que adotam a teoria da *ratio essendi*, estaria assim redigido: 'Matar alguém, ilicitamente'. O fato, para essa teoria, ou é típico e antijurídico desde a sua origem, em razão da ausência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, ou é atípico e lícito desde o início, em face da presença de uma causa de justificação.

Além disso, esta teoria reconhece duas variantes, as quais subdividem interpretações doutrinárias, sendo elas: Teoria dos Elementos Negativos do Tipo, sustentada por Hellmuth Von Weber, consistindo no encerramento do juízo de antijuridicidade por parte da tipicidade, e as causas de justificação se dariam como elementos negativos; por outro lado, a Teoria do Tipo de Injusto, incrementada por Paul Bockelmann, também entende que a tipicidade implica a antijuridicidade, contudo, a justificação elimina somente a antijuridicidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010).

Com as críticas recebidas pelo tipo objetivo, avalorativo e descritivo, Beling, em 1930, deu origem às obras *Die Lehre vom Tatbestand* e *Grundzüge des Strafrechts* (PASCOAL, 2014). Tais trabalhos foram o introito da quarta fase do progresso histórico da tipicidade, denominada fase defensiva:

Beling estabeleceu a distinção entre tipo de delito (*Deliktypus*) e *Tatbestand* ou figura reitora (*Leitbild*). Ao tipo de delito — *Deliktypus* — correspondem todas as características internas e externas de cada figura legal. Todos os delitos-tipos são puramente descritivos porque neles ainda não se expressa a valoração jurídica que os qualifica como antijurídicos. O *Tatbestand*, por sua vez, como figura ideal, não se encontra alojado nem na parte objetiva nem na subjetiva do delito, sendo um modelo conceitual extraído do acontecimento externo. Com essa reformulação, Beling pretendia superar alguns problemas apresentados na sua primeira formulação, como, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito, pois a tentativa caracteriza-se pela incompleta realização do tipo, enquanto o partícipe, de regra, não integra a realização perfeita da figura delitiva (BITENCOURT, 2020, p. 766).

Assim, Beling alterou os conceitos de suas ideias, reconhecendo que a tipicidade há de ser ligada à antijuridicidade (antijuridicidade tipificada), não acatando, porém, a existência de elementos normativos do tipo legal (JESUS, 2020).

2 CONSIDERAÇÕES E PARALELO ENTRE AS TEORIAS: TRADICIONAL, MODERNA E TIPICIDADE CONGLOBANTE

Em concordância com o que fora brevemente exposto acima, destaca-se a existência das principais teses jurídicas acerca da tipicidade. Para se dar início a esta diferenciação, deve-se compreender a conceituação dos institutos e de cada teoria, a fim de que, ao final, sejam apresentadas as semelhanças e diferenças de ideologias sobre tipicidade.

Acentua-se, que o elo de ideias ao redor da tipicidade e antijuridicidade não é absolutamente pacífico pela doutrina, haja vista as inúmeras posições doutrinárias vigentes. Desta forma, imperioso se faz a exteriorização de conceitos de institutos basilares – tipo e tipicidade. De acordo com a lição de Bitencourt (2020, p. 769):

Tipo é conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido.

Em outras palavras, Rogério Greco (2017, p. 287) afirma que “tipo, como a própria denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa a impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós”.

Contudo, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 384) asseveram que os conceitos de tipo e tipicidade não devem ser confundidos, pois “o tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal”.

Desta forma, Masson (2020) classifica o instituto do tipo penal em: I) tipo incriminador ou legal – tipos penais propriamente ditos – e; II) tipo permissivo ou justificador, contém a descrição legal da conduta permitida/lícita.

Assim, feitas tais exposições acerca do tipo penal, necessário se faz a compreensão do que se trata a tipicidade. Para a convicção analítica e contemporânea de crime, o fato típico é composto por conduta, resultado, nexos causal e tipicidade penal, esta última, possui considerada evolução no Direito Penal. Em conformidade com o

entendimento majoritário da doutrina, a tipicidade penal possui três teorias: tradicional, moderna e tipicidade conglobante.

De acordo com os ensinamentos de Cunha (2020), para a teoria tradicional, conceituava-se a tipicidade como a subsunção do fato à norma, isto é, tipicidade formal. Desta maneira, utilizando-se como exemplificação, o indivíduo que subtrair uma caneta de uma papelaria pratica uma conduta típica, em que seu comportamento é ajustado à norma do artigo 155, do Código Penal Brasileiro (1940), “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Com isso, se o fato encontra um tipo correspondente na lei penal, o fato é formalmente típico.

Contudo, para a teoria moderna, o mero ajuste do fato à norma não é suficiente para decifrar a tipicidade penal. Consoante esta concepção, para ser considerada tipicidade penal, deve-se analisar a tipicidade formal (teoria tradicional) e a tipicidade material, a qual é atribuída juízo de valor. Desta forma, a tipicidade penal para a teoria moderna é a subsunção do fato à norma, bem como a análise da relevância de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo Estado:

RECIFAQUI
Revista de Direito Penal e Criminológico

Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. É indispensável que o fato tenha acarretado uma ofensa de certa magnitude ao bem jurídico protegido para que se possa concluir por um juízo positivo de tipicidade. Com base em um enfoque de modernização da Justiça Criminal, não mais se discute que os responsáveis por lesões aos bens jurídicos só devem ser submetidos à sanção criminal quando esta se torna indispensável à adequação da justiça e à segurança dos valores da sociedade (MIRABETE, 2001, p. 121).

Por fim, a tipicidade conglobante é a terceira teoria da tipicidade penal. Destaca-se, basicamente, como essência desta tese a junção da tipicidade formal e a tipicidade conglobante. Neste sentido, “não basta, pois, a mera tipicidade legal, isto é, a contrariedade do fato à lei penal. É necessário mais. A conduta do agente, contrária à lei penal, deve violar todo o sistema normativo. Em suma, deve ser antinormativo” (MASSON, 2020, p. 229).

3 A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE: INTERESSE, BEM E NORMA

Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni – jurista, magistrado argentino e desenvolvedor da Teoria da Tipicidade Conglobante –, a composição da tipicidade penal é ordenada por três elementos: I – interesse (bem jurídico); II – norma; III – lei.

Segundo o autor, quando o legislador deseja constituir uma lei fruto do interesse de tutelar um bem, o qual é incorporado imperativamente a certas condutas humanas, determinados bens são modificados para serem bens jurídicos reconhecidos (NETTO, 2008). Em outras palavras, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 393) explicam:

Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

Nesta toada, os autores compreendem que o legislador “vai do ente à norma e desta ao tipo” e, ainda afirmam, que para atingir o devido alcance da lei penal, o juiz – ora intérprete – deve seguir o caminho inverso, “da lei (tipo legal: ‘Matar alguém... pena’) à norma (‘não matarás’) e através da norma conhecemos o ente que afinal será bem jurídico (a vida humana)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 393).

3.1 Antinormatividade

Sobretudo, para se analisar a elementar da tipicidade conglobante, deve-se apreciar os conceitos gerais acerca da antinormatividade, peça crucial na teoria de Eugenio Raúl Zaffaroni, tendo como estruturação, as teses fundamentais do Direito exteriorizam os conceitos gerais de norma jurídica.

Neste sentido, entende-se por norma jurídica um enunciado imperativo, com origem heterônoma e cumprimento obrigatório, concentrado pela conduta humana (LIMA JÚNIOR, 2010). Em outros termos, as normas de condutas geram o complexo do Direito, estas são entendidas como valores axiológicos assegurados juridicamente como fundamentação do ordenamento legal.

Assim, fala-se em um modelo de conduta e ação do ser humano em um corpo social, como uma fórmula subjetiva do que deve ser seguido e obedecido para todos os atos humanos que reconhecem um juízo de valor (CANOTILHO, 2000).

Dito isso, a norma jurídica é uma estrutura fundamental do Direito além de capaz de preceituar valores que compõem a ordem jurídica, reguladora de condutas humanas, organizar a sociedade e o Estado e, por fim, impor sanções para de garantir o bem estar e paz social.

Neste espeque, resta clara a finalidade do instituto da antinormatividade, a qual é compreendida como uma conduta proibida que positiva algo que não deve ser praticado

por um indivíduo, ou seja, não determinado ou incentivado como, por exemplo, “matar alguém” (norma= “não matarás”), consoante determina o artigo 121, do Código Penal brasileiro (1940).

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciado uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal. Conforme este processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal e afetará o bem jurídico tutelado. A conduta adequada ao tipo penal do art. 121 do CP será contrária à norma ‘não matarás’, e afetará o bem jurídico, vida humana (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 394).

Além disso, segundo Nucci (2019, p. 522) “a tipicidade é, naturalmente, antinormativa. No entanto, tal situação não se confunde com a antijuridicidade, que é a contrariedade da conduta (ou do fato típico) com o ordenamento jurídico”.

Entretanto, “não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 394).

Ainda, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2010), são necessárias duas investigações, as quais analisarão o alcance da norma originária do tipo legal e a afetação do bem jurídico. Tais procedimentos se darão em uma etapa posterior ao juízo de tipicidade, pois, se constatada a tipicidade legal, deve-se apreciar a antinormatividade e, apenas em caso positivo é que se conclui pela tipicidade penal.

Portanto, que a “tipicidade legal e tipicidade penal são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 395).

3.3 Tipicidade Conglobante

Destarte, sob a ótica de Zaffaroni e Pierangeli (2010), a originalidade de sua tese conglobante como terceira teoria, divergindo da tradicional e moderna, não adveio apenas da análise da tipicidade penal, mas sim de um estudo profundo acerca da conduta humana, da estruturação dos tipos penais e relação com a antijuridicidade.

Neste ínterim, os autores reconhecem as três posições doutrinárias a respeito das relações entre a tipicidade e a antijuridicidade, quais sejam Teoria do Tipo Avalorado, Indiciário (*ratio cognoscendī*) e como *ratio essendi* da antijuridicidade, subdivida em

Teoria dos Elementos Negativos do Tipo e Teoria do Tipo de Injusto, conforme já abordado acima.

Em que pese o reconhecimento de tais correntes teóricas, Zaffaroni e Pierangeli (2010) admitem a preferência pela Teoria do Tipo Indiciário (*ratio cognoscendi*), haja vista as críticas exteriorizadas por eles acerca das demais ao considerarem que a Teoria do Tipo Avalorado implica no desconhecimento de uma norma pressuposta ao tipo.

De mais a mais, a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo também é criticada por retroagir a teoria do delito à época antecessora do conceito de tipo penal. Por fim, os referidos autores também divergem da Teoria do Tipo de Injusto, pois a ela não procede racionalmente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010).

Desta maneira, seguindo um raciocínio pioneiro, Zaffaroni idealizou a teoria da tipicidade conglobante, utilizando-a como um corretivo da tipicidade legal, com escopo em evitar contradições normativas e analisar a repressão da lei penal diante de um todo, ou seja, aferir globalmente todas as áreas determinantes do Direito.

Com isso, o autor originário desenvolveu uma investigação ante à tipicidade legal, pois é considerada uma mera subsunção da conduta humana ao que está descrito na lei. Para isso, adicionou uma nova etapa, qual seja a verificação desta formalidade com as remanescentes searas do ordenamento jurídico-normativo.

Deste modo, para clarear o entendimento exposto acima insta acostar o inconfundível exemplo clássico poetizado por Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 395):

Suponhamos que somos juízes e que é levada a nosso conhecimento a conduta de uma pessoa que, na qualidade de oficial de justiça, recebeu uma ordem, emanada por juiz competente, de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, e que, em cumprimento desta ordem judicial e dar formalidade requeridas, efetivamente sequestra a obra, colocando-a à disposição do Juízo.

Em detida análise do caso, por meio de uma visão formal, pode-se compreender que de fato a conduta praticada pelo oficial de justiça é considerada crime, previsto no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, haja vista que ao sequestrar o quadro, ocorreu a inversão da posse de coisa alheia móvel, configurando-se assim, crime de furto.

Por outro lado, tal conduta não pode ter qualquer relevância penal e de modo algum ser considerado delito, pois o artigo 23 do Código Penal prevê que “não há crime

quando o agente pratica o fato: [...] em estrito cumprimento de um dever legal”. Não obstante ao enquadramento da conduta como sendo uma excludente, indaga-se: que caráter do crime desaparece quando um agente age em cumprimento de um dever? (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010).

Segundo o entendimento de alguns autores, a conduta humana praticada pelo oficial de justiça é amparada por uma causa de justificação. Em outras palavras, a conduta seria típica (fato típico), contudo, não estariam presentes os requisitos da antijuridicidade (ilicitude). Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 396), por seu turno, discordam da inteligência supracitada ao afirmarem:

[...] tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma ‘desordem’ arbitrária. As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. [...] Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que a outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que a outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta.

Denota-se, que o juízo de tipicidade não é a simples avaliação da tipicidade legal, pois necessita da corroboração da tipicidade conglobante, a qual embasa-se na apuração da proibição por meio do exame do alcance proibitivo da norma, de forma conglobada – e não isolada – da ordem normativa.

Dito isso, “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do Oficial de Justiça” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 396).

Neste sentido, é valiosa a lição de Capez (2019, p. 370):

De acordo com essa teoria, **o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado**. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico. O direito é um só e deve ser considerado como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera (a ordem é conglobante). Seria contraditório permitir a prática de uma conduta por considerá-la lícita e, ao mesmo tempo, descrevê-la em um tipo como crime **(grifo nosso)**.

Em outros termos, Cunha (2020, p. 312) assim leciona:

A proposta da teoria da tipicidade conglobante é harmonizar os diversos ramos do Direito, partindo-se da premissa de unidade do ordenamento jurídico. É uma incoerência o Direito Penal estabelecer proibição de comportamento determinado ou incentivado por outro ramo do Direito (isso é desordem jurídica). Dentro desse espírito, para se concluir pela tipicidade penal da conduta causadora de um resultado, é imprescindível verificar não apenas a subsunção formal fato/tipo e a relevância da lesão ou perigo de lesão, mas também se o comportamento é **antinormativo**, leia-se, não determinado ou incentivado por qualquer ramo do Direito **(grifo do autor)**.

Corroborando com o entendimento pátrio, Greco (2017, p. 289) afirma que esta teoria “surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material)”.

Assim, em suma, na concepção de Zaffaroni e Pierangeli (2010) para haver a tipicidade penal, a qual é correspondente elementar do fato típico, deve-se ter a presença da tipicidade formal ou legal – subsunção do fato à norma -, além da tipicidade conglobante, sendo esta compreendida como a soma da tipicidade material – conduta humana geradora de uma lesão ou ameaça de lesão relevante ao bem jurídico tutelado – e atos antinormativos.

Seguindo este entendimento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça proferiu o seguinte julgado (2019, s.p):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO PARCIALMENTE ADMITIDO NA ORIGEM E CONHECIDO NA ÍNTEGRA POR ESTA CORTE. POSSIBILIDADE. NÃO VINCULAÇÃO AO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL REALIZADO NA ORIGEM. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FAVORECIMENTO DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL. RÉUS QUE ERAM CIENTES DE QUE AS VÍTIMAS ERAM MENORES SUBMETIDAS À ESQUEMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E APLICABILIDADE DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE. UNICIDADE JURÍDICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTEÇÃO AO MENOR E AO ADOLESCENTE E AOS DIREITOS TRABALHISTAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE. NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS. PROTEÇÃO DE FATO E DE DIREITO EFETIVO. TEMAS PENDENTES EM SEDE DE APELAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] **É salutar reavivar os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, em que o juízo de tipicidade é analisado partindo do sistema normativo considerado em sua globalidade.** Desse modo, imperiosa a análise do caso nessa perspectiva, não podendo a dúvida quanto à idade da vítima beneficiar os autores quando, por obrigatoriedade, a sua ciência seria requisito intrínseco para a formalização dos contratos trabalhista e de locação de imóvel. 8. É preciso que haja proteção de fato e de direito às crianças e adolescentes brasileiros, pois de nada adiantará

todo o aparato judicial preventivo se não aplicado de forma efetiva. 9. Assiste razão em relação à necessidade de análise dos pedidos subsidiários apresentados em recurso de apelação, e que foram prejudicados, em segundo grau de jurisdição, pelo provimento do recurso. 10. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para que os autos retornem ao Tribunal a quo, para enfrentamento do pedido de revisão da dosimetria da pena. (AgRg no REsp 1683478/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019) **(grifo nosso)**.

Em sede de voto o Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, apresentara com maestria os ensinamentos de Zaffaroni:

Nesse ínterim, também é salutar reavivar os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, pois servem como corretivo da tipicidade penal, retirando do ordenamento jurídico a confusão normativa que se instala quando uma norma ordena determinada conduta e outra lhe proíbe. Desse modo, o juízo de tipicidade é analisado partindo do sistema normativo considerado em sua globalidade.

Outrossim, segundo a obra *Manual de Direito Penal Brasileiro*, de Zaffaroni e Pierangeli (2010), pode-se afirmar também a possibilidade de transferência das excludentes de ilicitude, previstas no artigo 23, inciso III, do Código Penal brasileiro (1940), quais sejam estrito cumprimento do dever legal (ordem estatal) e exercício regular do direito (permissão estatal) para se tornarem excludentes de tipicidade.

Neste espeque, os defensores da teoria da tipicidade conglobante declaram que a existência de ordem/comando estatal ou faculdade/permissão de agir concedida pelo Estado, leia-se determinado ou incentivado pelo Estado, deve ser analisada pelo juízo de tipicidade e não de antijuridicidade (ilicitude).

Para isso, Zaffaroni e Pierangeli (2010) exteriorizam a justificação da referida transferência e apresentam explicações para a afirmação de que uma conduta atípica é similar à antijurídica:

Há quem afirme que uma conduta atípica é o mesmo que uma conduta justificada. Além de existirem condutas atípicas que são antijurídicas (o não cumprimento de um contrato, por exemplo), a menor abertura da estrutura teórica do delito ao realismo jurídico não resiste à afirmação de que para o direito penal dá no mesmo a morte de uma mosca e a de um homem (WELZEL), ainda que em legítima defesa. A legítima defesa (que é prevista no art. 23, II, do CP) - de que logo nos ocuparemos (ver n. 327) - é uma causa de justificação, isto é, uma permissão outorgada pela ordem jurídica para a realização da conduta antinormativa. Em seguida, veremos que, se um indivíduo nos agride injustamente e temos oportunidade de fugir, o direito não nos obriga a fugir, porque não somos obrigados a suportar o injusto. O direito, então, nos outorga uma permissão para repelir a agressão, sem dar relevância à nossa possibilidade de fuga. Dá-nos permissão até mesmo para matar o agressor, se isto é racionalmente necessário e proporcional à injusta agressão. Não nos obriga a fugir, dá-nos permissão para repelir. Mas esta "permissão" para repelir a agressão, ilegítima e não provocada, não implica que o direito fomenta e muito

menos que nos ordene semelhante conduta. Simplesmente, nestas hipóteses conflitivas, a ordem jurídica limita-se a permitir a conduta, porque não se pode afirmar que incentive que um homem que pode fugir prefira matar. O incentivo da conduta homicida seria bastante anticristão. É precisamente esta a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a atipicidade conglobante não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal. A ordem jurídica resigna-se a que um sujeito se apodere de uma joia valiosa pertencente a seu vizinho, e que a venda para custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, que não tem condições de pagar licitamente, mas ordena ao oficial de justiça que apreenda o quadro e lhe impõe uma pena se não o faz, fomenta as artes plásticas, enquanto que se mantém indiferente à subtração de uma folha de papel rabiscada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 397-8).

Nesta perspectiva, em que pese a Teoria da Tipicidade Conglobante apresente certa resistência no cenário brasileiro, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já acolheu a proposta doutrinária, admitindo o estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito como excludentes de tipicidade. Nestes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. CRIME DE CALÚNIA. OFENSA AO ART. 139 DO CP. ANÁLISE QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. 2. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. REPRESENTAÇÃO DIRECIONADA AO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA DO MPSC. CONDOTA ESTIMULADA PELO ESTADO. 3. **TIPICIDADE X ANTINORMATIVIDADE. TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE. 4. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. ART. 23, III, DO CP. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. EXCLUDENTE DA TIPICIDADE.** 5. REPRESENTAÇÃO QUE NÃO MENCIONA NOME. AUSÊNCIA DE ANIMUS CALUNIANDI. 6. EMBARGOS REJEITADOS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. **"A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material). Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta. [...]. Portanto, a antinomia existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico"** (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2018, p. 261/262). 4. Diante do mandamento estatal referente à notificação a respeito de irregularidades no setor público, verifica-se que a conduta do recorrente se encontra acobertada pelo exercício regular de um direito, nos termos do art. 23, III, do CP. Ademais, **considerando a doutrina acima citada, tem-se que o exercício regular de um direito deve ser considerado como verdadeira causa excludente da tipicidade, pois não pode ser considerada típica conduta incentivada pelo próprio Estado.** [...] Ordem concedida de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta, em virtude da ausência de tipicidade conglobante, no aspecto da antinormatividade, não havendo se falar, portanto, em animus caluniandi. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1421747/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 19/05/2020) **(grifo nosso)**

Deste modo, considerando as razões expostas e a contemporaneidade do entendimento jurisprudencial acima e de acordo com o vasto acervo doutrinário amparado neste trabalho, percebe-se a clara e evidente possibilidade de aplicação desta respeitável teoria pelos Tribunais Estaduais, Federais e Superiores pátrios.

CONCLUSÃO

De acordo com as análises apresentadas, o presente artigo científico objetivou expor de forma refulgente e pragmática as considerações gerais e a aplicabilidade da Teoria da Tipicidade Conglobante no ordenamento jurídico pátrio. Neste ínterim, foram minuciosamente abordados aspectos teóricos e práticos em observância às teses de distintos doutrinadores, evocando, principalmente, os ensinamentos do idealizador da referida teoria, Eugenio Raúl Zaffaroni.

Neste prisma, dando continuidade ao estudo proposto, na primeira seção do presente artigo fora discorrido acerca dos elementos correspondentes à evolução histórica da tipicidade, expondo o surgimento e desenvolvimento de teorias basilares deste instituto jurídico, quais sejam, fase da independência do tipo, teoria indiciária ou *ratio cognoscendi*, teoria da identidade ou *ratio essendi* e suas variantes.

Em seguida, na segunda seção deste trabalho foram apresentadas as considerações e conceituações gerais sobre tipo e tipicidade, bem como dissertou-se sobre a diferenciação entre as teorias da tipicidade penal – teoria tradicional, moderna e da tipicidade conglobante.

Ademais, a terceira e última seção deste trabalho, tratou dos ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni referente à teoria da tipicidade conglobante. Dividida em subseções, abordou-se a visão acerca de interesse, bem e norma, seguido da noção e conceito de antinormatividade e, por derradeiro, a concepção, finalidade e aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, percebe-se que o presente trabalho científico abordou de maneira técnico-jurídica o direito material da seara penal, rigorosamente, a perspectiva estrutural e conceitual de um dos institutos elementares da composição do crime, qual seja, o fato típico. Os estudos permitem ratificar que a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade penal e sua aplicabilidade deve ser reconhecida no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 de nov. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. REsp 1683478 / GO. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. **Diário de Justiça Eletrônico: 22 de nov. de 2019**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701685343&dt_publicacao=22/11/2019>. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1421747 / SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico: 19 de maio de 2020**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803403517&dt_publicacao=19/05/2020>. Acesso em: 01 de dez. de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 26. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, v. I**, 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal - Parte geral**. v. 1- 37. ed. Atualização André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Sobre o conceito de norma jurídica. Um diálogo com Friedrich Müller para uma teoria estruturante do Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, 11 jun. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/15013>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado - Parte geral**. v.1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Reflexões Dogmáticas sobre a Teoria da Tipicidade Conglobante - **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18443>>. Acesso em: 17 de nov. de 2020.

PASCOAL, Jessica. **A evolução do tipo penal na teoria do delito e a tipicidade conglobante de Zaffaroni**: reflexões dogmáticas. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/280022484_A_evolucao_do_tipo_penal_na_teorica_do_delito_e_a_tipicidade_conglobante_de_Zaffaroni_reflexoes_dogmaticas>. Acesso em: 22 de out. de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Enviado em: 06/05/2021.

Artigo pré-aprovado, apresentado à comissão de bancas de TCC da FAQUI 2020/2.

RECIFAQUI
Revista Científica da Faculdade Quirinópolis