

DOCTRINA NACIONAL

LINGUAGEM E TIPICIDADE

MARCIO SOTELO FELIPPE

Procurador do Estado — SP

“Que jamais se acredite nesses demônios enganadores que zombam de nós com oráculos de duplo sentido, murmurando palavras prometedora aos nossos ouvidos e destruindo nossas esperanças!...” (do *Macbeth*).

O conceito de tipicidade, como em geral é tratado pelos autores, é compreendido como a identidade lógica, $A = A$, entre um enunciado abstrato e um fato concreto. Essa identidade estabelecida pelo juiz determina se a conduta concreta e específica em exame será trasladada de forma tal que coincida com a expressão lingüística da lei ao definir o tipo. Ele, portanto, traduz para o plano da linguagem comum um dado da realidade, e verifica se a expressão lingüística que surge dessa operação é idêntica à geral.

Em uma aleatória revista do tratamento doutrinário da questão da tipicidade podem ser encontradas as seguintes conceituações: “Ao mesmo tempo em que o legislador, definindo o delito, cria o tipo, exige o interesse individual, em todo regime de liberdade, que a ação humana se lhe ajuste. É o que se denomina tipicidade. Conseqüentemente, não existe crime sem tipicidade, isto é, sem que o fato se enquadre em um tipo, o que vale dizer que não há crime sem lei anterior que o defina (*Nullum crimen sine lege*)” E. Magalhães Noronha, 1987:97.

“Se a Parte Geral decorre do princípio da legalidade, fixando diretrizes comuns de eficácia das normas incriminadoras, é evidente que, também, as estruturas

normativas que a compõem devem estar revestidas de caráter típico, sendo um enunciado de dados elementares, cuja presença é de se verificar na realidade, constatando-se a congruência do abstrato e do concreto”, Miguel Reale Júnior, 1988:25.

“A relação de adequação entre o fato humano, concretamente praticado e historicamente captado, e a descrição do tipo, recebe a denominação de tipicidade”, Everardo da Cunha Luna, 1985:74.

“Na maior parte dos casos, o preceito de conduta articula-se em um fato descrito na própria norma penal; em outros, faz-se referência explícita ou implícita a comandos que estão enunciados em outros ramos do ordenamento jurídico”, Pietro Nuvolone, 1981:56.

“Tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível”, Heleno Cláudio Frago, 1986:156.

“O fato penalmente relevante é, portanto, o correspondente a um dos modelos abstratos contemplados por este ou aquele artigo do Código Penal, ou por uma lei especial”, Giulio Battaglini, 1973:178-179.

A conceituação da tipicidade nesses parâmetros oculta a importante questão da indeterminação da linguagem, fazem-

do com que, metodologicamente, somente possa ser aceita como uma drástica simplificação, que, de resto, cumpre uma função ideológica.

Genaro Carrió (1965), valendo-se de uma reflexão de Hart (1986:137-149), fornece relevantes subsídios sobre a questão da linguagem. A linguagem do direito é natural, e não formal, como, por exemplo, a do geômetra, que é dotada de característica de precisão certa. Por isso, é ambígua, posto que uma palavra pode ter distintos significados. É vaga, porque determinados fatos ou objetos muitas vezes não tem uma acepção precisa, situando-se em uma zona de penumbra, como ocorre com “jovem”, “velho”, “calvo”, “maduro”, “alto”, “baixo”. Tem uma textura aberta, na medida em que os significados podem sofrer crises mesmo quando em geral se apresentam como precisos.¹

Evidente que, como esclarece Carrió, existem zonas de penumbra porque existem focos de luz. Hart (id.:139) observa que “haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (“Se existir algo qualificado como um veículo, um automóvel é-o certamente”) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (“A expressão *veículo* usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?”). Quando o Código Penal diz “cheque”, o significado somente pode ser procurado na lei comercial. Moeda falsa é a que não foi emitida pelo Estado.

Mas não é assim quando a lei penal, por exemplo, se vale da expressão “mulher honesta”, presente nos crimes contra a liberdade sexual. A parte a conotação discriminatória da expressão (“homem honesto” não é a contrapartida masculina para uma vida sexual dissoluta), a duvidosa constitucionalidade (por que as mulheres ditas “desonestas” têm

a sua liberdade sexual diversamente tutelada pela lei penal?) e a superação da relação “honestidade — sexualidade” até mesmo para a moral mais conservadora, trata-se de um conceito que não pode deixar de causar perplexidade. Podemos supor que um modelo de “mulher honesta” possa ser Madre Tereza de Calcutá, e que a respeito de alguém com um comportamento à altura de Messalina não reste dúvida sobre a condição de “desonestidade”. Mas entre um e outro extremo de comportamento sexual existe um número infinito de nuances na zona de penumbra.

Igual coisa se pode dizer da palavra violência. Utilizá-la como equivalente ao uso de força física já traz alguns problemas para diferenciar roubo de furto na subtração operada através do que se convencionou denominar de “trombada”. Mas violência e força física podem não ser equivalentes. Hannah Arendt (1973:124), com apoio em Engels, que afirmava que a violência sempre necessita de implementos, isto é, de petrechos, esclarece que “violência (...) é diferenciada pelo seu caráter instrumental. Fenomenologicamente está próxima da fortaleza, uma vez que os implementos da violência, como qualquer outra ferramenta, são projetados e usados para multiplicar a fortaleza natural até que no último estágio de seu desenvolvimento possam substituí-la”.

Optando por um sentido, o intérprete realiza algo que não pode, epistemologicamente, ser descrito apenas como sendo uma operação consistente em verificar a correspondência entre a conduta concreta e a norma abstrata. Ele movimenta-se dentro de um campo de possibilidades aberto pelo modelo abstrato, com mais ou menos liberdade em função da precisão e certeza que possa ter a linguagem da lei. Giulio Battaglini (idem:51,52) não deixa de notá-lo: “No direito, como nas ciências morais em

geral, não há como extirpar-se o uso de expressões susceptíveis de sentidos múltiplos e, por isso mesmo, *equivocas ou obscuras*" (grifo do autor). Diante disso, conclui remetendo-nos "à primeira qualidade do juiz, máxime em matéria penal, em virtude do peculiar conteúdo ético da disciplina, que é o temperamento moral". (Idem:54).

Mas, se não há como fugir à indeterminação da linguagem, se não se pode evitar o uso de expressões que podem ter sentidos múltiplos, *equivocas ou obscuras*, nada mais nos restando senão confiar no temperamento moral do juiz, isto significa, já num primeiro momento, o reconhecimento dos limites dos princípios da legalidade e tipicidade como garantias individuais. Mas não se trata de uma questão de temperamento moral. Diante de uma expressão linguística que abre mais de um sentido, um complexo de fatores vai condicionar a decisão do caso concreto, em representações que podem ser fortemente ideologizadas. Não estará o intérprete alheio à sua condição de classe, às circunstâncias sociais conjunturais, à expressão ideológica hegemônica, de permeio com o papel que ele representa, enquanto sujeito, no processo histórico.

Nessa ordem de considerações, a distância entre analogia e tipicidade mostra-se mais aparente que real. Um exemplo claro de legislação penal que utiliza linguagem vaga de forma tal que analogia e tipicidade deixam de ser evidentemente categorias específicas é a da Segurança Nacional. A lei de 1978, já mais abrangida, usava expressões como "doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição", "finalidades atentatórias à Segurança Nacional", "inconformismo político-social", e outras da mesma estirpe. A de 1983 não difere substancialmente, encontrando-se coisas como "subversão da ordem político-social" e "animosidade entre as Forças

Armadas e as classes sociais", entre outras.² O legislador, na verdade, acolheu implicitamente a analogia, ainda que o registro doutrinário continuasse a ser feito somente para os casos clássicos de permissão da analogia dos códigos soviéticos e alemão das décadas de 20 e 30.

Nota Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1988:258),³ que no Direito Penal é difusa a distinção entre interpretação extensiva e analogia. Ilustra essa afirmação com o seguinte exemplo: "Será crime de lenocínio manter motéis para casais? Estritamente, lenocínio se refere a casas de prostituição. Estendê-lo a motéis é analogia ou interpretação extensiva?"

Por esta senda poderia ser considerada uma questão como a do aborto, hoje, quando seres humanos são concebidos fora do organismo materno. É também um bom exemplo de crise da linguagem, porque concepção não é agora uma palavra unívoca. Pode-se, assim, perguntar se a interrupção do processo de fecundação artificial, já fecundado o óvulo, mas não implantada a célula, seria uma conduta típica. "Qualquer que seja a resposta, importa tornar evidente que haveria anterioridade apenas da expressão linguística da norma, porque o sentido seria adotado posteriormente à conduta".

Reivindicar do legislador penal uma tipificação rigorosa é, claramente, uma saudável exigência para um Direito Penal civilizado, mas a linguagem terá sempre asperezas e incômodos,⁴ devendo ser ressaltado que a garantia de anterioridade da norma tem "as naturais limitações das garantias formais e que o controle da linguagem é um modo específico de exercer poder".

A cristalização de determinados significados — os "focos de luz" — dão aos enunciados abstratos a aparência de coisas, a respeito das quais sempre se

poderia dizer que têm um modo de apreensão específico e passíveis, então, de alcançar um conhecimento universal. Mas relações sociais não são coisas,⁵ e a linguagem nada mais expressa que uma relação entre sujeitos. Outra coisa não foi o que pôs a perder Macbeth, posto que uma floresta pode, de alguma forma, mover-se, e quem não foi gestado nove meses em um certo sentido não nasceu de mulher.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Napoleão Mendes, *Gramática Metódica da Língua Portuguesa*, S. Paulo, Saraiva, 1983, 32.^a ed..
- ALVES, Alaôr Caffé, *Estado e Ideologia*, S. Paulo, Brasiliense, 1987.
- ARENDT, Hannah, "Da Violência", in *Crises da República*, S. Paulo, Perspectiva, 1973.
- BATTAGLINI, Giulio — *Direito Penal*, Saraiva, Editora da Universidade de S. Paulo, 1973.
- CARRIÓ, Genaro R. — *Algunas Palabras Sobre Las Palabras De La Ley* — Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Introdução ao Estudo do Direito*, S. Paulo, Atlas, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*, Rio, Forense, 1986, 10.^a ed..
- FRANCO, Alberto Silva, "O Princípio da Legalidade" in *Temas de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1986.
- HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- LUKÁCS, Georg — *Existencialismo ou Marxismo?*, S. Paulo, Livraria Editora Ciências Humanas, 1979.
- LUNA, Everardo da Cunha — *Capítulos de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1985.
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1987, 25.^a ed..
- NUVOLONE, Pietro, *O Sistema do Direito Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1981.
- REALE JR., Miguel, *Parte Geral do Código Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1988.

NOTAS

1. É elucidativo o seguinte exemplo de Carrió (1971:22-23): "Supongamos que en un rincón inexplorado del planeta habita una comunidad de individuos que, subitamente, toman contacto por vez primera con um grupo de hombres. Esos individuos tienen forma humana; hablan un lenguaje traducible sin gran esfuerzo al idioma de los hombres que los han descubierto; imprimen y leen libros; aman, odian, sufren y se alegran como nosotros y por motivos semejantes a los nuestros; han desarrollado ciencias y artes; poseen una tecnología avanzada y viven bajo instituciones políticas semejantes a las nuestras. Estaríamos dispuestos a llamarlos "hombres" — en el sentido corriente o vulgar de esta palabra — si, además de esas características, tuvieran una estatura promedio de quince centímetros y durmieran durante todo el invierno? Y si su estatura y hábitos de descanso fueran como los nuestros pero vivieran trescientos años? Y si vivieran lo que vivimos nosotros pero su existencia fuera discontinua, esto es, salpicada de eclipses totales de variada duración? Es evidente que nuestro lenguaje no está equipado para hacerse cargo de hechos o situaciones que divergen considerablemente de las usuales o que se dan en una coyuntura o se proyectan en un trasfondo totalmente inesperado".

2. Um comentário crítico sobre essa legislação, relacionada com uma reivindicação de tipicidade mais precisa, encontra-se em Alberto da Silva Franco (1986:1-10): "É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais e específicos da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra" — grifo do autor.

3. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, admitindo a multiplicidade de sentidos, expõe na obra citada uma teoria da hermenêutica que contempla a idéia de interpretação verdadeira, com raízes em um "fator normativo de poder, o poder de violência simbólica (...) capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força" (idem:251).

4. Considere-se o que existe de discricionário nas regras gramaticais. Um interessante exemplo é colhido em um manual de gramática (Napoleão Mendes de Almeida, 1983:544): Em 1803, o gramático Soares Barbosa estabeleceu

duas regras para o tormentoso problema da flexão do infinitivo pessoal, uma delas determinando a flexão quando o verbo no infinitivo tinha sujeito próprio, distinto do sujeito do verbo regente. Todavia, constatou-se que essa regra colidia com Camões, que escrevera “folarás de veres”. Se por um acidente histórico — um erro de impressão, por exemplo — tivesse se perdido a frase do poeta, a regra daquele gramático permaneceria.

5. Sobre o pensamento fetichizado, v. Georg Lukács (1979:27/30). Para uma crítica à concepção positivista das relações sociais, v. Alaôr Caffé Alves (1987:55/88): “O conhecimento da sociedade política não a põe como um objeto indiferente; isso significa que, distintamente dos objetos naturais, *as idéias a respeito das questões estatais de algum modo contribuem para manter ou transformar a própria realidade dessas questões*” (grifo do autor).