

OS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO PENAL

ABOUT THE NEGATIVE ELEMENTS OF THE PENAL TYPE

JOSÉ CIRILO DE VARGAS*

RESUMO

O artigo trata basicamente das relações entre a tipicidade e a ilicitude penal, acabando por colocar a segunda no primeiro “degrau valorativo” da análise da conduta punível, a partir de uma visão essencialmente axiológica do tipo.

Tinha-se em vista solucionar a questão do erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude, que o então art. 59, I, do CP alemão de 1871, não resolvia diretamente.

O ponto de partida foi a consideração de que o tipo penal contém uma parte positiva e outra, negativa. A primeira, formada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, pela ausência de causa de exclusão da ilicitude ou elemento normativo do tipo.

Desse modo, a presença de uma justificativa ou de um elemento normativo, funcionando como elemento negativo, impede a realização desse tipo “total”, composto das partes positiva e negativa, e abrangente de todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude.

PALAVRAS-CHAVE: Tipo penal. Ilicitude. Relações.

ABSTRACT

The article deals primarily with the relationships between typicity and criminal unlawfulness, ending by putting the second in the first “evaluative step” of the analysis of criminal behavior, from a vision essentially axiological of the penal type.

People had in mind to solve the issue of error in objective assumptions of a cause of unlawfulness exclusion that the former article 59, I, of the German Penal Code of 1871, did not solve directly.

The starting point was the consideration that the penal type contains one positive and another negative part. The first, formed by the description of the prosecuted conduct and the second, negative, by the absence of the unlawfulness exclusion or normative element of the penal type.

In this way, the presence of a justification or a normative element, working as negative element, prevents the achievement of such “total” penal type, composed of positive and negative parts, and inclusive of all elements that establish, limit and exclude the unlawfulness.

KEYWORDS: Penal type. Unlawfulness. Relations.

Foi Ernst Beling, em sua obra “Die Lehre vom Verbrechen” (Tübingen, Mohr, 1906), quem colocou o conceito de tipo legal

* Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. josecirilovargas@yahoo.com.br

de crime no centro da dogmática jurídico-penal. Na doutrina anterior apenas se concebia um “Tatbestand” em sentido amplo, compreendendo o conjunto de todos os pressupostos que, se verificados, dava lugar ao efeito jurídico de imposição de pena criminal.

Por essa primeira concepção o tipo deveria ser considerado valorativamente neutro: a ação seria típica formalmente se pudesse se subsumir numa dada conduta descrita pelo Legislativo, mas isenta de qualquer juízo de valor.

Com a Doutrina continuando a investigar, constatou-se que em vários tipos o Legislador se serve de elementos subjetivos, e, não, apenas de elementos objetivos e descritivos. No início do século XX, como se sabe, o causalismo naturalista sofreu sérias revisões.

O primeiro Autor de envergadura a atacá-lo foi Gustav Radbruch, quando afirmava não existir um conceito superior de ação, já que esta, em sentido estrito, e a omissão seriam entidades completamente diversas.

Dizia ele, *in verbis* e em tradução livre: “Assim como é verdadeiro que um conceito e seu oposto contraditório, que positivo e negativo, que A e não A, não podem ser colocados sob um conceito superior comum, do mesmo modo é verdadeiro que a ação e a omissão têm de permanecer independentes, uma junto à outra” (*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin, 1904, p. 143, apud Edmund Mezger. *Strafrecht. Ein Studienbuch*, AT. 6 Aufl. München: Beck, 1955, § 22, p. 103).

Na época prevalecia o entendimento de que todos os elementos objetivos pertenciam à ilicitude, enquanto os subjetivos se encontravam unicamente na culpabilidade. A ilicitude era concebida exclusivamente como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A distinção entre ilicitude e culpabilidade, mediante o contraste objetivo-subjetivo, viu-se claramente alterada pela constatação dos elementos subjetivos do tipo. A Profa. Daniela

de Freitas Marques escreveu a mais ilustre investigação sobre tais elementos, e não faz distinção entre elementos subjetivos do tipo e elementos subjetivos do injusto (Elementos subjetivos do injusto. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001, pp. 76/77).

Não era possível determinar a ilicitude de diversas figuras típicas de um modo puramente objetivo. Como exemplo, a subtração de coisa alheia móvel, sem a intenção de tê-la para si ou para outrem, não esgota a ilicitude do delito de furto. Sem essa específica intenção, o tipo não chega a realizar-se.

A teoria desses elementos especiais seguiu-se logo após o livro de Beling, de 1906, citado. As primeiras referências se devem a FISCHER, Hans-Albrecht (Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München: Beck, 1911), a HEGLER, August (Die Merkmale des Verbrechens. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, v. XXXVI, 1914, p. 31. Idem: Subjective Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des Allgemeinen Verbrechensbegriff. In : Festgabe für Reinhard von Frank, v. I. Tübingen: Mohr, 1930, pp. 251-338) a MAYER, Max Ernst (Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Heidelberg: Carl Winters, 1915) e a MEZGER, Edmund (Die subjektiven Unrechtselemente. In: Der Gerichtssaal, v. 89. Berlin: Justizministerium, pp 89-205), seu sistematizador, a que outros se seguiram.

De maneira geral pode-se falar em elementos subjetivos do tipo quando se identifica um especial fim de agir, ou seja, quando o agente o realiza com certa e determinada intenção.

Em benefício da garantia seria recomendável que o tipo descrevesse a conduta da maneira mais objetiva possível, como no art. 121 do CP, “matar alguém”. Mas nem sempre é possível encerrar em esquemas rígidos e objetivos a estrutura de uma conduta humana. Daí, os elementos normativos. Luciano Santos Lopes os estudou exaustivamente em sua dissertação de Mestrado (LOPES, Luciano Santos. Os elementos normativos do tipo legal e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre: Fabris, 2006).

Os elementos normativos requerem, para sua exata compreensão, uma atitude valorativa especial do intérprete, que pode ser de índole estimativa (perigo de vida), social (honestidade, probidade) ou jurídica (sem permissão legal, nos limites da lei, etc). Nessa fase da evolução do tipo deu-se também um fato de capital importância: foi assinalado ser o tipo um indício da ilicitude. Estimou-se que sendo típico o fato, tudo indica ser também antijurídico.

Max Ernst Mayer era de opinião que tipicidade e ilicitude devem separar-se nitidamente, mesmo que a primeira seja o fundamento mais importante para o reconhecimento da segunda. “Elas se comportam como o fumo e o fogo” (“Sie verhalten sich wie Rauch und Feuer”(ob. cit., p. 11)

Até os dias presentes, na prática dos tribunais, o juiz começa investigando se o fato é típico. Se o for, o órgão judicial considera haver ao menos o indício da ilicitude. Se a avaliação judicante considerar que o fato não foi praticado em situação excludente da antijuridicidade, estarão presentes a tipicidade e a ilicitude.

Seria ultrapassar os limites de nosso tema abrir uma discussão paralela sobre a teoria do tipo indiciário e apontar suas conhecidas falhas, o que mereceria outro gênero de meditação. E embora contando ela com os favores da doutrina e da jurisprudência majoritárias, continuamos onde sempre estivemos, ou seja, no total repúdio a seus fundamentos.

No dizer de Figueiredo Dias, “o maior problema que ainda hoje se suscita à construção de um sistema do fato punível teleológico-funcional é o de encontrar a concepção mais adequada às relações que se estabelecem entre o tipo e o ilícito ou, se se preferir, entre a tipicidade e a ilicitude ou antijuridicidade” (Questões fundamentais do direito penal revisitadas. SP: RT, 1999, p. 218).

Nesse aspecto, divergimos do professor de Coimbra. Como já nos manifestamos alhures, na esteira de renomados penalistas, a principal missão do direito penal é a proteção de

bens jurídicos. Não se concebe a elaboração de um tipo legal de crime sem que, antes, o Legislador haja reconhecido que tal ou qual conduta seja lesiva de um valor social. Conforme ensinava Francisco de Assis Toledo, “o tipo não pode, pois, no momento atual, ser concebido apenas como um Leitbild, uma descrição desprovida de qualquer valoração; é algo mais, ou seja, um tipo de injusto” (O erro no direito penal. SP: Saraiva, 1977, p. 46-47). No mesmo sentido, Sebastián Soler: “El externo encuadramiento de una acción a su figura no és más que el primer paso dado em el sentido de esa valoración. Pero siendo la figura delictiva ordinariamente tån sólo una descripción, es necesario em cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir esse requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido em su totalidad, como organismo unitario” (Derecho penal argentino, tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1973, p. 301).

E parece não ser demasiado insistir: a ilicitude, ainda não formalizada, já existia, quando o tipo foi elaborado. Recebeu ele do Legislador toda a carga de valoração negativa existente em variado número de condutas que viriam a ser descritas. Isso demonstra não assistir razão aos que, de todos os matizes, tendências e épocas, sistematicamente colocam a tipicidade no “primeiro degrau valorativo” do conceito de delito, adotando a teoria do tipo indiciário. Aliás,

intenção alguma nos animou em atrelar o nome de Figueiredo Dias a essa concepção de tipo, historicamente repudiada por ele, que escreve: “ Num sistema autenticamente teleológico-funcional a ‘prioridade’ não pode deixar de caber à categoria material do ilícito, concebido como ilícito-típico ou (o que é o mesmo), como tipo de ilícito” (op et loc cit).

Nosso ponto de vista, portanto, se alia, primeiramente, à teoria da “ratio essendi”, portadora da valoração jurídico-penal que o juízo da antijuridicidade exprime. Seja usando expressões como “tipo de injusto”, “tipo de ilicitude”, “injusto típico”, “ilicitude tipificada”, “tipo total” ou outra de idêntico significado,

o certo é que houve uma superação do tipo meramente indiciador da antijuridicidade, mas o seu verdadeiro portador. Nas palavras de Edmund Mezger, “la decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuridicidad especial, ‘típica’. Para nosotros todo el peso de la valoración jurídico-penal” e que “dicho tipo es el próprio portador de la desvaloración jurídico-penal que el injusto supone” (Tratado de Derecho penal I. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 364-367).

A teoria em questão recebeu numerosos adeptos, contando com outros nos dias atuais. Mas por seu renome e autoridade, deve ser lembrado Wilhelm Sauer, que ensinava: “tipicidade é ilicitude tipificada. O tipo é somente uma forma de aparecimento da ilicitude, e, certamente, uma de suas duas subsunções: a positiva, enquanto a outra, negativa, compõe as causas justificativas. No tipo se reconhece se uma vontade e uma ação são ilícitas” (Allgemeine Strafrechtslehre. Berlin: Gruyter, 3. Aufl., 1955, pp. 68 et seq., em tradução livre). Outros seguidores podem ser mencionados: August Hegler (ob. cit., p. 19-44), Erik Wolf (Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Breslau: Hirst, 1931, p. 56-61), Robert v. Hippel (Deutsches Strafrecht, v. I, Allgemeine Grundlagen. Berlin: Springer, 1925, p. 19-20). MAYER, Helmuth (Strafrecht, AT. Stuttgart und Köln: Kohlhammer, 1953, p. 107) e ENGISCH, Karl (Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. In Mezger-Festschrift. München und Berlin: Beck, 1954, p. 127-165).

Mezger (Studienbuch, cit, p.144-145) esclarece que o tipo de injusto, como “antijuridicidade tipificada”, é o que foi empregado no sentido do § 59, 1, do CP (de 1871) e “delimita o injusto” ao qual o código penal comina uma pena. É “injusto tipificado”, **“sempre que não exista uma causa justificativa”**; ainda: **“é certo que o tipo não demonstra sempre a antijuridicidade da**

ação – ou seja, quando existe uma causa de exclusão do injusto”.

No mesmo sentido, Sauer: “Em primeiro lugar, o órgão judicial se inteira dos caracteres típicos, para, depois, dos subjetivos (dolo ou culpa). Depois a ocorrência de causas de justificação. Com o tipo e a ausência de causas de justificação se estabelece a antijuridicidade do fato, e, assim, o injusto objetivo...” (ob. cit., pp. 63 et seq.). No mesmo contexto, refere a legítima defesa, a condenação e a absolvição. No pé de página 13, acerca-se ainda mais de Mezger, ao reafirmar a “não presunção” de injusto dos tipos.

Trazendo Mezger e Sauer à colação, mostramos, em primeiro lugar, não serem eles adeptos de uma estrutura que pudesse levar ao objetivo principal deste artigo. Não colocamos em dúvida, e seria temeridade fazê-lo, o compromisso teórico por eles assumido quando concebem um tipo cuja principal função é descrever a ilicitude. Mas quando se manifestam pela possibilidade de permanecer típico o fato ainda mesmo nas situações de exclusão da ilicitude, mostram-se claramente adeptos do tipo indiciador ou da regra-exceção.

Já sustentamos, contando com a valiosa adesão de Luciano Santos Lopes (A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto. Tese de Doutorado apresentada e defendida com êxito perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2010, p. 11), que na concepção doutrinária que concebe o tipo como “ratio essendi” da ilicitude, abrem-se duas correntes bem próximas, que chegam mesmo a estabelecer confusão.

Autores de indiscutida autoridade técnico-científica atribuem a Edmundo Mezger e a Wilhelm Sauer a primazia de serem os principais representantes dessa fase na evolução histórica da teoria do tipo legal de crime, que sucedeu o período em que este era visto como “ratio cognoscendi”, sob a influência da filosofia neokantista e, como visto, de modo decisivo pelas investigações de Max Ernst Mayer.

Foi um tempo de efervescência de ideias, mas podendo dizer-se que realizado o tipo, tudo indica ser ilícito o fato, só não o sendo em face de uma justificativa penal; o tipo indicia a ilicitude, numa relação de regra-exceção. A presença da ilicitude é vista como regra, e a só tipicidade como exceção.

Evidente não haver períodos estanques nem soluções doutrinárias e jurisprudenciais definitivas em assunto tão debatido e de manancial tão grande quanto este.

A palavra “injusto”, como um substantivo, tem sido usada muitas vezes como sinônimo de “ilicitude” ou “antijuridicidade”, de maneira incorreta, como observam, com razão, Jescheck/Weigend: “La antijuridicidad es la contradicción de la acción com una norma jurídica. El injusto es la acción misma que se valora como antijurídica” (JESCHECK, Hans-Heinrich et WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho penal, PG. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada:Comares, 2002, p.250). Assim, já é adversa a uma norma a ação ou conduta descrita pelo tipo.

Acreditamos ter sido nesse sentido, como “ação que se valora como antijurídica”, que Sauer e Mezger falaram em antijuridicidade tipificada ou injusto tipificado. Até esse ponto avaliamos que a expressão não se compadece com a linguagem e a doutrina científica. Se, de fato, queriam eles, e tudo indica que sim, conceber a descrição de conduta já valorada negativamente no meio social, duas observações podem ser feitas com segurança: 1) a tipicidade funcionava como ratio essendi da antijuridicidade; 2) esta era independente e prioritária, podendo ser afastada da tipicidade (Luciano Santos Lopes observa, com razão, na conclusão 11 de sua tese, que o emprego do termo “ilicitude” teria sido melhor utilizado por Mezger, em vez de “injusto”).

Tanto a obra pioneira de Santos Lopes quanto os estreitos limites desse artigo, cujo objetivo se restringe a incentivar o debate acadêmico, se colocam em posição idêntica: o que foi pensado e exposto até o momento é apenas uma vertente da teoria da ratio essendi. A outra, relativa aos elementos negativos do tipo, pretende ser as considerações que se seguem.

A conceber o “tipo de injusto” (ou de ilicitude ou de antijuridicidade) um substantivo adjetivado como ilícito ou antijurídico, estaríamos ao final regredindo ao tipo valorativamente neutro. Com efeito. Admitamos que o fato foi praticado de maneira lícita, de acordo com as permissões legais. Restaria apenas a descrição de “matar um mosquito”, por exemplo, que de maneira alguma pode ser tida como “antijurídica em si”, como prevaleceu na primeira metade do século XX. Com a justificação, já não se pode dizer, com Mezger, que a realização típica seja “antijurídica em si mesma” e que o tipo represente um juízo negativo de valor provisório.

É preciso esclarecer, por exemplo, que o tipo do art. 150, do CP, só se pode considerar realizado quando a entrada ou permanência de alguém em casa alheia se der sem o consentimento de quem de direito (BRUNO, Aníbal. Direito penal, IV. Rio, Forense, 1967. p. 394). O dispositivo contém uma particularidade ou um elemento especial da ilicitude. Em numerosas outras situações típicas, os chamados elementos normativos funcionam como negativos do tipo. No revogado artigo 219 do CP – rapto violento ou mediante fraude – a honestidade era elemento do tipo. Se a mulher não fosse honesta, segundo os padrões então vigentes, não haveria tipicidade nos moldes daquele dispositivo. Outros exemplos de elementos negativos do tipo podem ser mencionados: “sem o consentimento”, no art. 125; “sem a observância de disposição legal”, no art. 151; “sem licença da autoridade competente”, no art. 166; “sem suficiente provisão de fundos”, no art. 171, § 2º, VI, etc. E é de cedição conhecimento que a razão de ser (no caso, da antijuridicidade) não pode ser o que só contém uma parte dos elementos de um fenômeno.

Por isso é que, segundo Roxin, “Lang-Hinrichsen amplía los tipos penales descritos en cada parágrafo con los elementos del tipo no escritos (elementos complementarios del tipo penal), incluyéndolos en un tipo total que abarca todos los momentos fundadores de la antijuridicidad y en el cual tienen cabida los que fundamentan el deber de evitar el resultado en los

delitos improprios de omisión (elementos del deber de acción) y los elementos que fundan la exclusión de la antijuridicidad (elementos de la justificación). Consecuencia de esto es que la afirmación de la adecuación típica de una acción em el sentido de tipo-total determina eo ipso la antijuridicidad... si el tipo deve fundamentar lo injusto, es preciso que contenga la totalidad de los elementos determinantes de lo injusto, y no sólo uma parte de ellos” (ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Trad. de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires:Depalma, 1979. p. 68). O professor de Munique esclarece que vinte anos antes Engisch e Radbruch já haviam formulado tal concepção.

A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX e desenvolveu-se no século passado, por obra de Merkel, Frank, Radbruch, Baumgarten, Weber, Arthur Kaufmann, Engisch, Roxin e vários outros adeptos. Mas considerável parte da Doutrina a atribui principalmente a Adof Merkel.

Tinha-se em vista solucionar a questão do erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, que o então vigente CP de 1871, no parágrafo 59, I, não resolvia diretamente. E continua não resolvendo, porque a reforma alemã, com vigência em 1975, silenciou sobre o tema. Dispunha o texto referido que “se alguém, ao praticar um fato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal ou que aumentam a punibilidade, não se lhe imputam tais circunstâncias” (tradução livre).

Não incidindo na contradição representada pela ilicitude provisória, de que Mezger, Sauer e Max Ernst Mayer são os principais adeptos, partiu-se da consideração de que o tipo, visto como ratio essendi da antijuridicidade, contém uma parte positiva e outra, negativa. A primeira, positiva, formada pela descrição da conduta incriminada, ou matéria de proibição: a segunda, pela ausência de causas de exclusão da ilicitude ou por eventuais elementos especiais da antijuridicidade. Em outras palavras, a totalidade dos elementos relevantes para um concreto juízo de ilicitude.

Em consequência, esse tipo total de injusto, resultante da fusão das partes positiva e negativa, abrange todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude e a tipicidade. A afirmação da tipicidade implica, desde já, a inoportunidade de causa que tornaria sem sentido a investigação sobre a culpabilidade e possivelmente sobre a punibilidade, conforme se trate, ou não, de uma divisão quadripartida do delito.

Outro ponto decisivo na construção dessa teoria é o fato de que o então Tribunal do Império e grande parte da Doutrina trataram o erro sobre uma causa de justificação como erro de fato, excludente do dolo. Daí haver afirmado Merkel que não se podia falar em crime doloso quando o agente supõe circunstância “cuja ausência é parte do tipo penal (elementos negativos do tipo penal), por exemplo, circunstâncias que, em caso de existirem, justificariam o fato por legítima defesa (§ 53 StGB)” (ob. cit., p. 84).

Ilícitude e tipicidade, portanto, fundindo-se numa só figura, a do tipo total, abriram caminho para reforçar o argumento de que o tipo só descreve condutas consideradas ilícitas. Ora, a conduta praticada em legítima defesa, por exemplo, não é ilícita. Não sendo imaginável que o tipo descreva ação lícita, segue-se a ausência de tipicidade. Na lição de Francisco de Assis Toledo, “mais uma vez se ressalta a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal de crime” (Princípios básicos de Direito penal. SP: Saraiva, 1994, p. 134).

A Doutrina alemã forneceu aos Tribunais subsídios para decisões absolutórias, fazendo “desaparecer” a ação dolosa se o agente erroneamente supôs a existência de circunstâncias de fato excludentes da ilicitude. Isso foi possível graças a uma interpretação analógica, admitida por tratar-se de limitação da pena. H.H. Jescheck menciona como exemplo dois julgados do antigo Tribunal do Reich, que “aplicava imediatamente o § 59, I, antiga redação, à ação de repelir uma agressão imaginária, negando, assim, a punibilidade do fato como lesão corporal dolosa ‘a causa de la falta de dolo’” (Hans-Heinrich Jescheck.

Tratado de Derecho penal, v.I Trad. de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 339).

Alguns AA, como LANG-HINRICHSEN, Dietrich (Die irrtümlich Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof. Juristenzeitung v. 10. Berlin: Gruyter, 1953, p. 362 et seq.) e KAUFMANN, Arthur (Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. In Juristenzeitung, v. 11, p. 653 et seq.) basearam-se no parágrafo 59 para reconhecer o erro de fato e a exclusão do dolo.

Outros, como ENGISCH, Karl (Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen. In ZStW 70, 1958, p. 556) e Claus Roxin (Teoría, cit, p. 276-278) prescindiram do parágrafo 59 para considerar, adotando um critério teleológico, que pertencem ao tipo de injusto todas as circunstâncias relevantes para determinar a licitude ou ilicitude da conduta: o conteúdo do dolo independe da ilicitude.

No mesmo sentido, embora não usando a expressão, e dando mais relevo à questão valorativa, se expressa STRATENWERTH, Günter : “..todas as circunstâncias de fato essenciais para o ilícito, e aquelas que o fundamentam, tanto como as que o excluem, são agrupadas no mesmo nível valorativo e reunidas em um conceito de fato típico, convenientemente mais amplo, como elementos positivos e negativos do mesmo. Dessa forma resulta uma estrutura do delito de dois níveis, em que se articulam somente os elementos do fato típico ilícito e a culpabilidade” (Derecho penal, PG, I. Trad. de Gladys Romero. Buenos Aires: Fabian di Plácido, 1999, p. 64, grifo nosso). O renomado Claus Roxin, em diversas publicações especializadas, admite a correção teórica do tipo total de injusto, vendo nele o único capaz de cumprir efetivas funções de garantia (conferir, por exemplo, “Teoría, cit., p. 273 et seq.).

Ainda com referência à localização das justificativas num tipo total de injusto, argumenta-se, em favor da teoria em questão, que as discriminantes referem-se a todos os tipos (o que não se discute), e não se encontram na Parte Especial, junto a cada

tipo, apenas por questões estilísticas ou de técnica legislativa. O fato de estarem previstas na Parte Geral (art. 23) não modifica substancialmente as coisas. Historicamente, em sistemas penais pouco desenvolvidos, achavam-se na própria definição de alguns delitos, como, por exemplo, a legítima defesa, a propósito do homicídio.

A teoria foi contestada com vigor, entre outros, por HIRSCH, Hans-Joaquin, em tese de doutorado orientada por Hans Welzel (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. Bonn: Röhrscheid Verlag, 1960). Fiel e ortodoxo quanto às teses de seu Mestre, não admitiu nenhuma teoria comprometedor de certos dogmas do finalismo “clássico”. Seguindo a Welzel, considerava, com base na teoria extrema da culpabilidade, que o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação (localizada no tipo negativo) configurava erro de proibição, passível de excluir apenas a culpabilidade, e, não erro de tipo, excludente do dolo (HIRSCH, op cit, 1960, p. 426).

Welzel sempre se manteve insistindo em que a presença de uma justificativa não exclui a tipicidade, dizendo que a teoria dos elementos negativos do tipo “desconhece o significado independente dos preceitos permissivos (das autorizações do Direito). A concorrência da legítima defesa tem para ela o mesmo significado que a falta de um elemento do tipo: a ação de matar um homem em legítima defesa equivale juridicamente à de matar uma mosca” (*El nuevo sistema del derecho penal*. Trad. e notas de José Cerezo Mir. Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2001, p. 92). Sob o enfoque penal é verdade, pois tanto faz a exclusão da tipicidade, pela causa justificativa, quanto a não ser típica a ação de matar uma mosca. Do ponto de vista humanitário, social, ético, religioso, etc, é evidente que as situações são diversas.

A crítica mais frequente que se faz a essa teoria parece ser a alegação de que a mesma leva a importantes lacunas de punibilidade nos sistemas, como o nosso, em que vigora o princípio da excepcionalidade de punição a título de negligência. No caso de erro vencível sobre os pressupostos objetivos de uma

justificativa, se o dolo restasse excluído (como acreditamos que acontece), daria lugar à impunidade, em situações de não haver a previsão legislativa de punição a título de culpa em sentido estrito, como ocorre no delito de estupro, por exemplo.

Isso, porém, já existia entre nós desde a redação anterior da Parte Geral, no art. 17; a reforma de 1984 manteve a disciplina, no art. 20, § 1º. Objeto de discussão nos trabalhos preparatórios foi apenas a natureza jurídica do erro previsto no dispositivo; se de tipo ou de proibição. Os partidários da teoria extrema da culpabilidade (Heleno Fragoso, Zaffaroni, Armin Kaufmann e Welzel, como exemplo) o concebem como de proibição, afetando a culpabilidade, mas deixando intacto o dolo do tipo. Para a teoria limitada, ao contrário, trata-se de erro de tipo permissivo (entre outras variadas correntes doutrinárias), excludente do dolo, e, como é óbvio, da tipicidade e da ilicitude. O que até hoje carece de explicação é ter-se mantido a mesmíssima redação do revogado art. 17, inteiramente comprometido com as diretrizes da teoria extrema do dolo, no primeiro parágrafo do artigo 20, que encampa a teoria limitada da culpabilidade. Aqui valeu mais a intenção que o gesto.

Se, de fato e sem engano, tivesse sido adotada a teoria limitada da culpabilidade, o erro de que se cuida seria tratado em nossa legislação de maneira idêntica, em suas consequências, à teoria dos elementos negativos do tipo, porque o dolo teria sido afetado no tipo objetivo. A melhor Doutrina foi desprezada, pois é cediço que o “erro impede o agente de alcançar a representação como elemento psicológico-normativo, a consciência do fato e a consciência de sua ilicitude” (Aníbal Bruno. Direito penal, tomo II. Rio: Forense, 1967, p. 109).

De todo modo continuamos acreditando em : 1) o tipo em sentido estrito, ou positivo, descreve a conduta que lesa ou expõe a perigo tais bens, não sendo imaginável a elaboração de um tipo que não tenha, entre outras, essa finalidade; 2) essa lesão ou perigo de lesão já existia quando foi descrita pelo tipo; 3) ao lado dos tipos incriminadores, há os permissivos, em cuja

presença não se pode falar em ilicitude; 4) as descrições típicas da Parte Especial pressupõem a ausência dos tipos permissivos – do contrário, não haveria o que descrever; 5) se assim for, matar alguém, em legítima defesa, por exemplo, é o mesmo, do ponto de vista jurídico, que matar uma mosca. Não há ilicitude. Falhando esta, falha igualmente a tipicidade.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, v. II e IV. Rio: Forense, 1967.

ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente in Strafrecht. In *MEZGER-Festschrift*. München und Berlin: Back, 1954, pp 127-165.

_____ Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen. In *ZTsW* v. 70, 1958, p. 556.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. SP: RT, 1.999, p. 218.

FISCHER, Hans-Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911. Reimpresso em Frankfurt: Verlag Sauer-Auermann, 1966.

HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In *ZStW* v. *WWVI*. Tübingen: Mohr, 1.914, p. 31.

_____ Subjective Rechtswidrigkeit in Rahmen des Allgemeinen Verbrechensbegriff. In *Festgabe für Reinhard v. Frank*, v. 1. Tübingen: Mohr, 1939, p. 251.

HIRSCH, Hans Joaquim. *Die Lehren von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*. Bonn: Röhrscheid, 1960.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*, v. 1. Trad. de Mir Puig e de Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 339.

JESCHECK, Hans-Heinrich et WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*, PG. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 250.

KAUFMANN, Arthur. Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. In *Juristenzeitung* Bd 9. Tübingen: Mohr, 1954, pp 633 et seq.

LANG-HINRICHSEN, Dietrich. Die irrtümlich Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

In Juristenzeitung, Bd 10. Tübingen: Mohr, 1.953, p. 362.

LOPES, Luciano Santos. Os elementos normativos do tipo legal e o princípio constitucional da legalidade. Porto Alegre: Fabris, 2006.

_____ A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto. Belo Horizonte: Tese de Doutorado apresentada e aprovada na Universidade Federal de Minas, 2010, no prelo.

MARQUES, Daniela de Freitas. Elementos subjetivos do injusto. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2001.

MAYER, Helmuth. Strafrecht, AT. Stuttgart und Köln: Kohlhammer, 1953, p. 107.

MAYER, Max Ernst. Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts. Heidelberg: Winters, 1915, pp 185 et seq.

MERKEL, Adolf. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht. Stuttgart: Thienemann, 1889, pp 82 et seq.

MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho penal, v. 1. Trad. de Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

_____ Strafrecht. Ein Studienbuch, AT. München: Beck, 1.955.

_____ Die subjectiven Unrechtselemente. In Gerichtsaaal v. 89. Berlin: Springer, 1923, pp. 233-259.

ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Trad. de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SAUER, Wilhelm. Allgemeine Strafrechtslehre. Berlin: Gruyter, 1955, p. 69.

SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino, v. 1. Buenos Aires: TEA, 1973, p. 301.

STRATENWERTH, Günter. Derecho penal, PG, v. 1. Trad. de Gladys Romero. Buenos Aires: Fabian di Plácido, 1999, p. 64.

V. BELING, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen: Mohr, 1906.

V. HIPPEL, Robert. Deutsches Strafrechts, v. 1. Allgemeine Grundlagen. Berlin: Springer, 1925, pp 19-20.

WELZEL, Hans. El Nuevo sistema del Derecho penal. Trad. e notas de José Cerezo Mir. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001, p. 92.

_____. Derecho penal. Obras completas, v. 4. Trad. de Dirk Styma. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 426.

WOLF, Erik. Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Breslau: Hirst. 1931.

Recebido em 02/08/2012.

Aprovado em 10/12/2012.