

Tipo total de injusto

Rodrigo Suzana Guimarães*

Resumo: Neste estudo, faz-se a releitura do injusto penal com base na teoria dos elementos negativos do tipo, analisando o seu acerto e a necessidade de sua aplicação para o desenvolvimento do Direito Penal brasileiro. A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu na Alemanha do século XIX, por obra de Adolf Merkel, como forma de buscar a solução para uma lacuna deixada pelo antigo Código Penal alemão sobre o erro relativo aos pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Merkel e seus seguidores entendem que o tipo penal deve possuir duas faces: uma positiva, constituída pela conduta incriminada; e outra negativa, consistente na ausência de causas de justificação. Dessa forma, tipicidade e ilicitude constituem um único elemento na estrutura do delito, formando o *tipo total de injusto*. Nessa ordem de idéias, há que se admitir que existe ilicitude, ou antijuridicidade, exclusivamente penal, que somente terá relevância para o Direito Penal a partir do momento em que for tipificada. Com a adoção do tipo total de injusto, o intérprete não mais enfrentaria o intransponível obstáculo da aplicação, sob a égide do princípio da democracia, dos chamados *tipos abertos*. Por outro lado, o erro sobre os pressupostos fáticos

* Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor de Direito Penal, Prática Jurídica Penal e Criminologia na Universidade Fumec e de Direito e Processo Penal na Unifenas; membro fundador do Instituto de Ciências Penais; Advogado criminalista.

de uma causa de justificação nada mais seria do que uma espécie de erro de tipo, hipótese perfeitamente adequada à norma descrita no art. 20, § 1º, do Código Penal brasileiro. O estudo do tipo penal e de suas relações com o juízo de ilicitude da conduta por ele descrita, sob a ótica da doutrina proposta por Adolf Merkel, com suas importantes implicações na teoria do delito, poderia trazer, em modesta e particular visão, importante contribuição para uma futura leitura da teoria do delito, com a fixação de um modelo que seja adequado a cumprir, em especial, a importante função de garantia do tipo penal, indispensável à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Teoria do delito – Injusto penal – Tipo total de injusto – Elementos negativos do tipo – Erro de tipo.

Total typification of unlawfulness

Abstract: In this study, a review of unlawfulness is made based on the theory of the negative elements of the type, analyzing its judgment and the need of its enforcement for the development of Brazilian Criminal Law. The theory of the negative elements of the type arose in Germany in the 19th century through the works of Adolf Merkel as a way to find a solution to the gap left by the old German Penal Code concerning the error relative to the presupposed legal facts of a justification cause. Merkel and his followers understood that the penal type should have two sides: a positive one, established by indiscriminate conduct, and a negative one, consistent in the absence of justification causes. In this manner, vagueness doctrine and illegality constitute a single element in the structure of the criminal offense, forming the *total typification of unlawfulness*. In this order of ideas, it is admitted that there is illegality, or unlawfulness, exclusively criminal, that can only have relevance to Criminal Law from the moment it is typified. With the adoption of the total type of unlawfulness, the interpreter would

no longer confront the insurmountable obstacle of application, under the aegis of the principle of democracy, the so-called *open types*. On the other hand, the error about the presupposed legal facts in a justification cause would no longer be a kind of error of type, a hypothesis perfectly suited to the statute described in Art. 20, paragraph 1 of the Brazilian Penal Code. The study of the penal type and its relationship with the opinion of illegality of conduct described by it, from the doctrinal viewpoint proposed by Adolf Merkel, with its important implications in the theory of crime, could make important contributions to the future reading of the theory of criminal offense, being established in a model that would be appropriate to fulfilling the important function of guaranty of penal type, which is indispensable to the juridical order of a Democratic State of Law.

Key-words: Theory of crime – Penal unlawfulness – Total typification of unlawfulness – Negative elements of the type – Error of type

1 INTRODUÇÃO

Desde 1906, quando Ernest von Beling inseriu em seu *A doutrina do crime* o conceito de tipicidade, aglutinando-o às concepções de ilicitude (antijuridicidade) e de culpabilidade desenvolvidas, três décadas mais cedo, por Karl Binding,¹ a teoria do delito percorreu mais de um século de intensa construção doutrinária.

No entanto, após cem anos de evolução científica, tipicidade, ilicitude e culpabilidade ainda são as categorias fundamentais por

¹ A noção de culpabilidade foi a primeira a aparecer como requisito do delito, com origem em Merkel e posterior desenvolvimento pelos estudos de Binding, em sua *Teoria das normas*, de 1877.

meio das quais são analisados, de forma lógica, os mais importantes problemas na conceituação jurídica de um fato delituoso.²

Os calorosos embates doutrinários travados sobre o conteúdo de cada um dos elementos que compõem o conceito de delito e as suas relações recíprocas têm contribuído para o aperfeiçoamento das idéias originárias, oferecendo-lhes novos contornos e matizes, de modo a tornar a teoria do delito uma das mais importantes construções jurídicas deste último século.

Na moderna teoria do fato punível, a determinação do conteúdo do injusto penal deve se estruturar, fundamentalmente, na relação existente entre tipo e ilicitude. Na evolução doutrinária do tipo, três fases bem distintas podem ser destacadas: a do tipo avalorado, a do tipo indiciário e a do tipo como a *ratio essendi* da ilicitude penal.

De um tipo penal compreendido como o fundamento real e de validez da ilicitude penal, foi desenvolvida, na Alemanha do último quartel do século XIX, a *teoria dos elementos negativos do tipo*, com base na obra fundamental de Adolf Joseph Matthäus Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de 1889.

A teoria dos elementos negativos do tipo parte da premissa de que o tipo possui duas faces: a primeira, positiva, formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, indicada pela ausência de causas de justificação. Dessa forma, a presença de uma excludente de ilicitude funcionando como elemento negativo impediria a realização típica. O fato, portanto, não seria típico.

Tipo e antijuridicidade fundem-se, assim, numa só figura, a do tipo total de injusto. O crime seria, por conseguinte, uma conduta típica e culpável.

² Cf. MUNÓZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. IX.

Neste trabalho, pretende-se, portanto, fazer uma releitura do injusto penal com base na teoria dos elementos negativos do tipo, analisando o seu acerto e a necessidade de sua aplicação para o desenvolvimento da teoria do delito.

2 TIPO LEGAL DE CRIME

O tipo legal de crime é a descrição normativa de condutas que representam a negação de valores jurídico-criminais. “É o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível”.³

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral, p. 153.

Para a doutrina majoritária, crime é o comportamento humano típico, ilícito (antijurídico) e culpável. Ao lado do conceito de tipo, portanto, é importante destacar que a ilicitude é vista, correntemente, como a contrariedade do fato típico com todo o ordenamento jurídico (uno e indivisível) (cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 392). “É um juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que recai sobre a conduta típica, tendo em vista as exigências do ordenamento jurídico” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral, p. 181). É o contraste de um fato às exigências da ordem jurídica, ou, em outras palavras, o contraste entre o fato e a norma. (Cf. BRUNO, Anibal. *Direito penal*: parte geral, t. I, p. 223)

Francesco Antolisei não vê a antijuridicidade como elemento do delito. O jurista italiano assim explica a conduta ilícita: *Poiché il reato consiste nella violazione di un precetto dell'ordinamento giuridico-penale, sua nota fondamentale è il contrasto, l'opposizione col diritto, questa contraddizione viene indicata col termine 'antigiuridicità' ed anche 'illiceità'*. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte generale, p. 192).

A culpabilidade, por sua vez, deve ser entendida como um juízo de reprovabilidade que recai sobre o comportamento humano típico e ilícito. É, na verdade, a medida da responsabilidade penal do agente. Pela concepção normativa pura da culpabilidade, hoje amplamente adotada, constituem elementos da culpabilidade a imputabilidade penal, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Em fórmula lapidar, Aníbal Bruno ensina que tipo “é a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível”.⁴

Claus Roxin busca em Welzel o conceito de tipo, estabelecendo-o como “a descrição concreta da conduta proibida” ou, ainda, “a matéria da proibição (= matéria da norma) das prescrições jurídico-penais”.⁵

Naquela descrição, em expressão há muito cunhada por Nelson Hungria,⁶ a lei recorta em moldes os seus juízos de valor que, lesados ou submetidos a perigo de lesão, ensejam a chamada ilicitude ou antijuridicidade criminal.

Os modelos, uma vez construídos pelo órgão estatal competente, passam a figurar como balizas intransponíveis ao órgão jurisdicional criminal, a quem caberá aferir a adequação dos fatos ocorridos na vida àquela moldura normativa, atribuindo-lhes, por conseguinte, contornos jurídico-penais. A esta adequação, ou subsunção, confere-se a denotação de tipicidade, instrumento indispensável de garantia ao jurisdicionado, uma vez que decorrente do princípio constitucional da legalidade ou da reserva

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral, t. I, p. 213.

Edmund Mezger destaca que, na Teoria do Direito, tipo seria *el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica*, para depois afirmar que, no sentido jurídico-penal, significa *el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va liga la sanción penal*. (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 351-352)

⁵ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*: tipos abiertos y elementos del deber jurídico, p. 4, tradução nossa.

Enrique Bacigalupo promove, na conceituação do tipo, a diferença entre tipo de garantia, como aquele que contém todos os pressupostos condicionantes da aplicação da sanção penal e tipo sistemático, ou tipo em sentido estrito, como sendo o que descreve a ação proibida pela norma. (Cf. BACIGALUPO, Henrique *Direito penal*: parte geral, p. 196)

⁶ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, 1958.

legal, exigência de segurança jurídica e “verdadeira pedra angular do Estado de Direito”.⁷

Ocorrendo a adequação típica, um juízo positivo de ilicitude poderá ser emanado, configurando-se, então, o “injusto penal”, que caminhará ou não para a confirmação do delito, com a comprovação da culpabilidade.⁸

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 134.

No estudo do Direito Constitucional brasileiro, há autores que procuram estabelecer uma distinção entre o princípio da legalidade, descrito no art. 5º, II, da Constituição da República de 1988 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, do texto constitucional e reproduzido no art. 1º do Código Penal brasileiro (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). No entanto, é preferível uma concepção unitária, tal qual concebida por Cesare Beccaria, para quem: “só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade, pena essa superior ao limite fixado pelas leis, que é a pena justa acrescida de outra pena. Portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão.” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 30)

A formulação latina do princípio, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, é devida a Feuerbach (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, de 1810). (Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 133)

Santiago Mir Puig destaca que “[...] a função de prevenção que corresponde ao Direito penal de um Estado não apenas social, mas também *democrático e de Direito*, deve estar sujeita, como sabemos, a certos limites. O princípio da legalidade requer, por um lado, que o delito seja determinado com suficiente precisão: o delito deve estar especificamente ‘tipificado’; e, por outro, requer que o delito constitua a ‘infração de uma norma primária’.” (MIR PUIG, Santiago. *Direito penal*: fundamentos e teoria do delito, p. 114)

⁸ Nelson Hungria afirma que “o fato elementar do crime deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador (considerado em si mesmo ou em conexão com a regra geral sobre a *tentativa*). A esse caráter do fato chama-se *tipicidade*.” (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, p. 20-21). A tipicidade é o ponto de partida da famosa

Wilhelm Gallas leciona que a punição de um comportamento está condicionada à sua adequação, formal e material, a um tipo. A subsunção somente será possível a partir do momento em que se realizar o conteúdo material do injusto a que tende o delito em análise.⁹

Francisco de Assis Toledo afirma:

Os tipos são, de um modo geral, frutos de um desvalor ético-social, tanto que representam denominações bastante vulgarizadas (homicídio, assassinato, furto, roubo, estupro etc.). Não obstante, em razão do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que entre nós é regra legislada (CF, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º), só a lei federal pode criar tipos penais (CF, art. 22, I). Assim, um fato, por mais danoso que seja, não poderá jamais ser reputado crime, antes de ser expressamente previsto em lei como tal. Essa previsão, como se disse, se faz por meio do tipo legal de crime.¹⁰

O conceito de tipo é resultado de um processo de longa evolução histórica, conforme visto, que se confunde com o próprio desenvolvimento da teoria do delito.¹¹ Juarez Tavares destaca que

teoria dogmático-jurídica de Beling, que assim a define, na transcrição realizada por Hungria: “qualidade do fato em virtude da qual este se pode enquadrar dentro de alguma das figuras de crime descritas pelo legislador mediante um processo de abstração de uma série de fatos da vida real”. (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 21, nota 17). José Cirilo de Vargas, por sua vez, leciona que “em um Direito Penal de cunho legalista, como o nosso, uma ação ou omissão, para serem consideradas delito, devem estar descritas por um tipo legal de crime. Este importante instituto jurídico é a descrição, feita pela lei, de uma conduta proibida. Quando esta se ajusta, se enquadra ou se subsume nessa descrição legal, dá-se a tipicidade, ou *Tatbestandmässigkeit* dos autores alemães, que cuidaram do tema de forma completa, exhaustiva, definitiva.” (VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*, t. I. p. 175)

⁹ Cf. GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*, p. 31.

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*, p. 128-129.

¹¹ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 133.

os antecedentes do tipo penal podem ser encontrados em Tiberius Decianus que, no direito penal renascentista, o considerava a causa formal do delito.¹²

Ressalta José Cirilo de Vargas que a palavra tipo decorre da livre tradução de *tatbestand*, utilizada na redação do art. 59 do Código Penal alemão de 1871, que se originou da expressão latina *corpus delicti*, de natureza eminentemente processual. Assim, significava o conjunto de todos os elementos do crime. O Professor mineiro destaca, no entanto, que não é pacífica a tradução daquele vocábulo, encontrando, nos diversos estudos realizados, os significados de “delito-tipo”, *éléments légaux*, *fattispecie legale*, *modello*, “tipo”, “ação punível”, “conceito reitor”, “figura reitora” e “tipicidade”. No Brasil, o uso da palavra tipo é mais difundido, como é possível verificar nos trabalhos de Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso e Everardo da Cunha Luna.¹³

No entanto, somente a partir da obra fundamental de Ernst von Beling, *A doutrina do crime*, de 1906,¹⁴ fixou-se um conceito técnico de tipo penal e inaugurou-se efetivamente uma teoria do tipo:

Não fosse o gênio criador de Beling, a procurar posições novas, concepções novas, o instituto, muito provavelmente, não alcançaria lugar tão destacado na teoria do delito e, tampouco, mereceria tantos e aprofundados estudos doutrinários. Por isso é que se pode dizer que o estudo do tipo tem um divisor perfeitamente nítido: a obra de Beling, em 1906.¹⁵

¹² Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 133-134.

¹³ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 48-49.

¹⁴ *Die Lehre vom Verbrechen*, que, mais tarde, foi complementada e alterada pelo próprio Beling, que a finalizou sob o título *Die Lehre vom Tatbestand*, de 1930.

¹⁵ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 48.

O grande mérito de Beling foi ter despertado a atenção da comunidade jurídica para a importância da figura de um genuíno tipo penal, força motriz de todo o sistema jurídico-penal.¹⁶

O tipo legal é um instrumento absolutamente indispensável em um Estado Democrático de Direito. Não é possível conceber a análise do conceito de crime com o afastamento de um tipo legal cuja aferição, por meio de um juízo positivo de tipicidade formal, é imprescindível para a constatação da ilicitude e da culpabilidade. Ademais, é inconcebível a existência de uma ilicitude penal não descrita no tipo, uma vez que este carrega toda a carga valorativa do injusto penal.

Beling já ressaltava que a prática jurídico-penal havia estendido de tal forma o poder judicante que o juiz podia punir e impor arbitrariamente uma pena para toda e qualquer conduta que julgasse punível. Diante da insegurança jurídica fomentada pelo nascente Liberalismo do século XVIII, houve a necessidade de uma reação da comunidade jurídica e, para uma efetiva proteção do indivíduo, foram recortados, da ilicitude punível, determinados “tipos delitivos”, para os quais foram previstas penas concretas e precisamente determinadas por lei:

Deste modo, reduz-se o atual Direito Penal a um *catálogo de tipos delitivos*. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorrem com elas, como característica externa, a *tipicidade* (adequação ao catálogo), de modo que, dentro do ilícito culpável, está delimitado o espaço dentro do qual aquelas são puníveis [...]. Ação punível é somente a ação *tipicamente* antijurídica e culpável.¹⁷

¹⁶ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 352.

¹⁷ BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*, p. 37-38, tradução nossa.

Para Mezger, *en los últimos años ha presentado Beling en su nuevo trabajo, Die Lehre vom Tatbestand (1930) [...] una descripción del 'tipo' renovada y*

Com fundamento no art. 59 do antigo Código Penal alemão, Beling cunhou, então, a expressão delito-tipo (*gesetzlicher Tatbestand*), ou delito-tipo jurídico-penal (*straf-gesetzliche Tatbestand*).¹⁸

Juarez Cirino dos Santos ressalta que o conceito de tipo construído por Beling na dogmática jurídico-penal pode ser analisado sob diferentes ângulos: “a) como *tipo legal* constitui a descrição do comportamento proibido [...]; b) como *tipo de injusto* representa a descrição da lesão do bem jurídico [...]; c) como *tipo de garantia* [...] realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade”.¹⁹

Assim, é possível afirmar que o tipo possui duas funções fundamentais: a) de *garantia*, em face do princípio da reserva

*alterada en muchos puntos: separa netamente el ‘tipo del delito’ de la ‘tipicidad’ (o sea la adecuación, no a dicho tipo (total) del delito, sino a lo que es figura rectora de cada tipo de delito) [...]; el tipo es (ahora) para Beling una simple ‘imagen o figura rectora jurídico-penal’, una ‘representación conceptual’ que no debe ser confundida con su ‘realización en la práctica’, un concepto ‘estilizado’, ‘puramente funcional’, que sólo ejerce una función ‘caracterizadora, no normativa’, un ‘concepto troncal’ y de ‘ordenación metódica’. El tipo del delito, por el contrario, es expresión de una ‘valoración’ legal, una ‘figura normativa’, una parte integrante de la definición del delito. (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 353)*

¹⁸ Cf. BELING, Ernst von. *La doctrina del delito-tipo*, p. 3 et seq.

Na verdade, Beling utilizou um método puramente dedutivo, com base nas normas legais que previam os fatos criminosos. Posteriormente, passou a tratar do tipo como o conjunto das circunstâncias caracterizadoras do delito. Na década de 1930, estabeleceu uma distinção entre “tipo de delito” (conjunto das características de cada um dos delitos descritos na parte especial do Código Penal) e “tipo reitor” (modelo abstrato e conceitual de cada delito-tipo). (Cf. BELING, Ernst von. *La doctrina del delito-tipo*, p. 3 et seq.). Na teoria do delito, o que importa é o “tipo reitor”, ficando o “tipo de delito” reservado para o estudo da parte especial do Código Penal. (Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 135-136)

¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 33.

legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República de 1988 e art. 1º do Código Penal brasileiro) e b) *fundamentadora* (sistemática ou limitadora) da ilicitude.

Para José Cirilo de Vargas, o tipo legal de crime é o portador de toda valoração jurídico-penal diante da qual se coloca o intérprete da lei penal. Dessa forma, a tipicidade é formal e garantidora do princípio da legalidade, mas não só formal: é também material, configurando-se na própria ilicitude tipificada.²⁰

Do ponto de vista prático, tanto faz considerar que o tipo tenha caráter sistemático, quanto de garantia. Importa ressaltar, entretanto, que o tipo fundamentador possui função específica na estrutura da conduta punível, enquanto o tipo-garantia está atrelado diretamente ao princípio constitucional da legalidade (reserva legal).

3 TIPO TOTAL DE INJUSTO

3.1 Conceito e evolução

As relações do tipo com o juízo de ilicitude ou antijuridicidade da conduta por ele descrita podem ser analisadas sob o enfoque de três diferentes teorias, ou três fases de evolução do tipo.

Para a primeira fase, o tipo, tal qual foi concebido por Ernst von Beling, é puramente descritivo, avalorado, nada adiantando sobre a ilicitude.²¹

Ressalta o Professor da Universidade de Munique que o tipo (delito-tipo jurídico-penal), como uma espécie de categoria, não possui conteúdo nem determina por si mesmo os seus conteúdos.

²⁰ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 46-48.

²¹ Cf. BELING, Ernest von. *La doctrina del delito-tipo*, p. 9.

“Dito de outro modo: o delito-tipo é um conceito puramente funcional. Somente expressa o elemento orientador para dada figura de delito”.²² Em seu *Esquema*, afirma que o delito-tipo não se identifica com a figura de delito que a ele corresponde, uma vez que é precisa e tão-somente um esquema comum para os elementos do crime, um quadro meramente regulador para os elementos da figura delitiva.²³

Hans-Heinrich Jescheck afirma que, nessa fase, o tipo era compreendido como uma descrição puramente externa da realização da conduta, sem qualquer predicado valorativo.²⁴

Santiago Mir Puig acrescenta que Beling concebeu um tipo totalmente independente da antijuridicidade, de forma que a tipicidade não significava qualquer juízo de desvalor jurídico sobre o fato, mas tão-somente a constatação lógica da sua subsunção a uma figura delitiva.²⁵

Na segunda fase, chamada “fundamentadora da ilicitude”, encontra-se o tipo indiciário. A tipicidade é a *ratio cognoscendi* da ilicitude. Segundo essa concepção, a tipicidade está para a ilicitude assim como a fumaça está para o fogo, na precisa lição anunciada por Max Ernst Mayer, em seu *Tratado* de 1915.²⁶

²² BELING, Ernest von. *La doctrina del delito-tipo*, p. 9, tradução nossa.

²³ Cf. BELING Ernest von. *Esquema de derecho penal*, p. 51.

²⁴ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 182.

Juarez Cirino dos Santos ressalta que “o conceito de tipo formulado por Beling, fundado no modelo *causal* da filosofia naturalista do século XIX, é *objetivo* e *livre-de-valor*: objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade; livre-de-valor, porque a tipicidade é neutra, e toda valoração legal pertence à antijuridicidade.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 34)

²⁵ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 133.

²⁶ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 53-57; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, p. 353.

A conduta típica é, em regra, antijurídica, funcionando a tipicidade como *indício* da antijuridicidade. Em consequência, a análise da antijuridicidade se resume ao exame da ocorrência, na realização da conduta típica, de causas de justificação, que excluam a ilicitude.²⁷

Para Mayer, até prova em contrário, a antijuridicidade deve ser aduzida da própria tipicidade. A sua negativa pode defluir do sistema jurídico, do contexto em que está inserido o preceito legal ou, mesmo, de uma especial regra de direito.²⁸

Hans Welzel afirma:

Quem atua de maneira adequada ao tipo, atua, em princípio, antijuridicamente. Como o tipo capta o injusto penal, surge da realização dos tipos objetivo e subjetivo, a princípio, a antijuridicidade do fato; de modo que falta outra fundamentação positiva à antijuridicidade. Esta relação de adequação típica com a antijuridicidade caracterizou-se pela afirmação de que a adequação típica é “indício” da antijuridicidade. Quando existe

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 182.

Jürgen Baumann, ao defender a função meramente indiciária do tipo penal, assevera que *a nuestro juicio, el tipo es el intento (necesariamente imperfecto) del legislador de tipificar lo injusto punible. La tipificación de lo injusto se realiza casi siempre de modo que la norma del tipo se extienda mucho, y también incluye casos que el orden jurídico no considera como injusto. Por consiguiente, es necesario crear, mediante disposiciones de excepción, causas de exclusión de lo injusto que hagan aparecer como no existente la antijuridicidad indiciada por la realización del tipo (vaciar, en cierto modo, el indicio). La ley procede según el principio de la regla-excepción, o sea, establece siempre en forma generalizadora normas y contra normas, de cuyo concurso se deduce el verdadero precepto de la conducta.* (BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*, p. 156-157)

²⁸ Cf. MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 53 *apud* HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 22.

esta relação, somente surgirá um problema nos casos em que a antijuridicidade está, excepcionalmente, excluída, apesar da realização da adequação típica. [...] Por isso, aqui, a antijuridicidade pode ser averiguada mediante um procedimento negativo, a saber, estabelecendo a inexistência de fundamentos de justificação, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o consentimento, etc.²⁹

Nelson Hungria, adepto da tipicidade preconizada por Mayer, ensina:

Um fato, para ser criminoso, tem de ser, além de típico, contrário ao direito, isto é, estar positivamente em contradição com a ordem jurídica. Via de regra, o fato típico é também antijurídico, mas, como já se notou acima, nem sempre é assim. A tipicidade é um *indício* da injuricidade e, como todo indício, é falível. Para se reconhecer que um fato típico é também antijurídico, basta indagar, dadas as circunstâncias que o acompanham, se não ocorre uma *causa de excepcional licitude* (*causa excludente de crime, discriminante*), isto é, se a ação ou omissão não se apresenta como exercício de uma faculdade legal (reação moderada contra uma agressão atual e injusta, sacrifício do bem ou interesse alheio em *estado de necessidade*), ou realização de um direito outorgado ou cumprimento de um dever imposto por outra norma legal (penal ou extrapenal).³⁰

José Cirilo de Vargas destaca que

a realização do tipo permite formular um juízo, ainda que provisório, acerca da presença da ilicitude. Como, porém, nem

²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general, p. 86, tradução nossa.

³⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, p. 21-22. Hungria usava também o termo injuricidade, hoje já abandonada, como sinônimo de antijuridicidade.

toda ação típica é antijurídica, pode o tipo resultar desvirtuado no caso concreto. A antijuridicidade, como consequência da tipificação na figura legal, carece de comprovação: apresenta-se como regra.³¹

É interessante observar que Mayer afirmava, de fato, que o tipo era somente a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, mas não um de seus componentes. Para o Professor alemão, o caráter não valorativo do tipo está garantido pelo fato de que os elementos do tipo são meramente descritivos, uma vez que somente contém descrições facilmente perceptíveis pelo intérprete da norma penal. No entanto, ao trabalhar os elementos normativos, por ele descobertos, Mayer lecionava que eles são autênticos elementos da antijuridicidade, querendo afirmar, por conseguinte, que o tipo era a *ratio essendi* da ilicitude penal. Entretanto, paradoxalmente, para Mayer os elementos normativos também eram elementos típicos impróprios, possuindo, dessa forma, uma dupla função.³²

Por fim, o tipo é compreendido como a *ratio essendi* da ilicitude penal. Como decorrência da idéia de valor introduzida na teoria do delito pelo neokantismo, a tipicidade passa a ser compreendida como um juízo condicionado da antijuridicidade, uma vez que a sua ocorrência dependerá da inexistência de qualquer causa de justificação da conduta. Assim, aquele que atua tipicamente atua também antijuridicamente, desde que não tenha ocorrido uma causa de exclusão do injusto.³³

³¹ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 54.

³² Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 281.

³³ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 361: *El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.*

Mezger ressalta, em seu *Tratado*, que a tipicidade da ação é a *ratio essendi* da antijuridicidade. No entanto, uma ação típica nem sempre será antijurídica,

Para Edmund Mezger, o tipo é uma figura totalmente normativa, um inseparável enramado estrutural no qual se entrelaçam elementos de valor e elementos descritivos. O ato de criação legislativa do tipo contém diretamente uma declaração de ilicitude, a própria fundamentação do injusto como injusto especialmente tipificado. Isso significa que, ao criar o tipo penal, o legislador desenvolve, também, uma ilicitude especificamente penal.³⁴

Juarez Cirino dos Santos explica que, para Mezger, “a tipicidade não seria simples *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade. Por esta razão, a antijuridicidade da ação típica é determinada por um critério negativo: a ausência de causas de justificação”.³⁵

Santiago Mir Puig assevera que, sob o enfoque de Mezger, assim como de Wilhelm Sauer, a tipicidade não é condição suficiente, e sim necessária da antijuridicidade penal. O delito, desta forma, passa a ser a ação tipicamente antijurídica e culpável. A tipicidade é o modo pelo qual se manifesta o juízo de desvalor da antijuridicidade com relevância jurídico-penal.³⁶

uma vez que esta propriedade estará ausente nas hipóteses em que ocorrer uma causa de justificação: *El tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.* (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 357, 361-362)

³⁴ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 282.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 146.

³⁶ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, p. 133-134.

3.2 Teoria dos elementos negativos do tipo

A teoria dos elementos negativos do tipo surgiu na Alemanha, no final do século XIX, por obra de Adolf Joseph Matthäus Merkel, Professor da Universidade de Estrasburgo, como uma variação da concepção de tipo cultuada por Mezger, segundo a qual o tipo é o portador, também, de toda a carga valorativa negativa que o injusto supõe.³⁷

Merkel não sistematizou uma chamada teoria dos elementos negativos do tipo, mas acabou marcando o seu início e delineou os fundamentos de sua existência a partir do momento em que trabalhou o tipo como o conjunto de todos os pressupostos da pena.

Em seu *Derecho penal*, o Professor alemão, após tecer breve crítica à Teoria das Normas de Binding,³⁸ ressalta que “quando as leis penais ameaçam com penas as ações por elas descritas, declaram implicitamente que elas estão proibidas e que são, portanto, antijurídicas”.³⁹ (tradução nossa).

Segundo Merkel, as causas de justificação foram retiradas dos tipos penais descritos na Parte Especial do Código Penal e reposicionadas na Parte Geral por razões de técnica legislativa, de forma que não fossem repetidas a cada tipo penal. No entanto, materialmente, esta mudança sistemática das causas de justificação

³⁷ Cf. MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 82 apud TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 165.

³⁸ Para a Teoria das Normas de Karl Binding, a única matéria que é objeto de violação no delito é o dever de obediência ao Estado. Por consequência, os delitos, por sua própria natureza, não podem ser outra coisa senão desobediências. (Cf. MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*, p. 16)

³⁹ MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*, p. 35: *Cuando las leyes penales amenazan con penas las acciones por ellas descritas, declaran implícitamente que ellas quedan prohibidas y que son, por lo tanto, antijurídicas.*

no momento da construção dos tipos penais não muda o fato delas estarem conceitualmente neles inseridas.⁴⁰

Para José Cirilo de Vargas, Adolf Merkel e seus seguidores (Reinhard Frank, Gustav Radbruch, Baumgarten e Hellmuth von Weber) buscaram, na verdade, solucionar a questão do erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, que o então art. 59, I, do Código Penal alemão não resolvia diretamente.⁴¹

Para tanto, consideraram que o tipo de injusto contém uma face positiva e outra negativa. A primeira seria formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, pela ausência de causas de justificação. Dessarte, a presença de uma excludente de ilicitude, atuando como elemento negativo, impediria a realização típica e o fato, por conseguinte, seria atípico.⁴²

Os elementos descritivos da conduta típica e a ausência dos pressupostos fáticos das causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito e consentimento do ofendido) constituem as faces positiva e negativa do tipo penal e reúnem-se, portanto, em um “tipo total de injusto“:

Esta teoria leva à conclusão de que as causas de justificação excluem não só a antijuridicidade, senão o próprio tipo. Tipo e

⁴⁰ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 283.

⁴¹ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 64-65; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30-32, nota 58.

⁴² Claus Roxin explica que tal formulação *convierte a los elementos de justificación en elementos negativos del tipo en cuanto que su no concurrencia es presupuesto del cumplimiento del tipo. Mientras que los elementos contenidos en las descripciones de los delitos de la Parte especial por regla general han de comprobarse positivamente para que se cumpla el tipo, en el caso de las circunstancias justificantes sucede justamente al revés, de modo que su presencia excluye el tipo, mientras que su negación (no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad justificante, etc.) conduce a afirmar la realización del tipo.* (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, p. 283)

antijuridicidade se fundem em um tipo global (ou total) de injusto (*Lang-Hinrichsen*), que inclui dentro de si a totalidade dos elementos substanciais para o juízo de injusto (elementos positivos e negativos, escritos e não escritos, relevantes para a ação ou para a omissão).⁴³

Hans-Heinrich Jescheck afirma que a tipicidade, dessa forma, passa a resultar de um juízo complexo de adequação da conduta ao modelo legal explícito no preceito primário da norma penal incriminadora e de inadequação de suas circunstâncias a qualquer uma das causas excludentes da antijuridicidade.⁴⁴

Segundo esta teoria [...], o tipo não só deve abranger as circunstâncias típicas, senão todas as que afetam à antijuridicidade. Os pressupostos das causas de justificação são entendidos, sob este aspecto, como elementos negativos do tipo. São incluídas no tipo porque somente a sua ausência possibilita um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Assim, os elementos do tipo e os pressupostos das causas de justificação se reúnem em um tipo total e se colocam sistematicamente em um mesmo nível.⁴⁵

Edmund Mezger, por sua vez, ressalta que a ação, para ser punível, deve ser, ao mesmo tempo, típica e antijurídica, categorias que não aparecem de forma independente, mas, ao contrário, condicionando-se reciprocamente: “Uma ação que se amolda a um tipo legal é antijurídica contanto que não concorra uma especial *causa de exclusão do injusto*.”⁴⁶ (tradução nossa).

⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general, p. 284.

⁴⁴ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 225.

⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 225, tradução nossa.

⁴⁶ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 161: *La acción, para ser punible, debe, además, ser antijurídica. Pero esto solo no basta: la acción*

Dessarte, tipo legal e ilicitude são, respectivamente, as dimensões de descrição e de valoração da conduta punível, motivo pelo qual as causas de justificação estariam sistematicamente separadas dos tipos penais, como afirmado, por questões de técnica legislativa.⁴⁷

Assim, como exemplo, ao interpretar o tipo legal do art. 121, do Código Penal brasileiro, o destinatário da norma deve assim entendê-la: “Matar alguém, a não ser em legítima defesa, ou em estado de necessidade etc.”⁴⁸

O desenvolvimento da teoria, como observado, encontrou terreno fértil no Direito Penal alemão, que não previa, como ainda não prevê, o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, mas apenas o erro sobre as circunstâncias típicas, conforme preceitua o art. 59, I, do Código Penal do Império Alemão (*Deutsches Reich*), de 15 de maio de 1871: “Se alguém, ao praticar um fato punível, desconhecia a existência de circunstâncias de fato que integram a tipicidade legal ou aumentam a punibilidade, não se lhe imputam estas circunstâncias”.⁴⁹

tiene que caer al mismo tiempo bajo un tipo legal. Ambas características no aparecen con independencia una de otra, sino condicionándose recíprocamente: una acción que cae bajo un tipo legal es antijurídica en tanto no concurra una especial causa de exclusión del injusto.

⁴⁷ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 3.

⁴⁸ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 67.

⁴⁹ O Código Penal alemão em vigor, com a última reforma ocorrida em 31 de janeiro de 1998, regulou a eficácia do erro sobre elemento constitutivo do tipo e do erro de proibição, direto e indireto (§§ 16 e 17), omitindo-se, também, quanto ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude: *Parte General. [...] Capítulo Segundo. El Hecho. Título I. Fundamentos de la punibilidad. [...] § 16. Error sobre las circunstancias del hecho. (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culpable permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo*

Dessa forma, ao incluir a inexistência das causas de justificação no âmbito da tipicidade, pretendeu-se explicar a aplicação analógica conferida pelos magistrados ao art. 59, I, do Código Penal alemão, por meio da qual estendiam às hipóteses de erro sobre a existência de discriminantes o mesmo tratamento do erro incidente sobre as circunstâncias da descrição típica.

Por outro lado, em numerosos tipos os elementos normativos funcionam como verdadeiros elementos negativos. Como exemplo, podem ser ressaltadas as expressões “sem consentimento” (art. 125, CP); “sem observância de disposição legal” (art. 151, IV, CP); “sem licença da autoridade competente” (art. 166, CP); “sem suficiente provisão de fundos” (art. 171, § 2º, VI, CP). Ainda, as chamadas “escusas absolutórias”,⁵⁰ dos arts. 181 e 348, § 2º, daquele diploma legal, devem ser entendidas, também, como elementos negativos do tipo.

Entre as críticas normalmente dirigidas à teoria dos elementos negativos do tipo, poucas lograram atingir-lhe o mérito, seja dogmático, seja funcional.

Assim, censuram-lhe por fundir em uma única fase valorativa a tipicidade e ilicitude, o que, antes de representar um equívoco, constitui a própria essência da teoria. Por outro lado, críticas

podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna. § 17. Error de prohibición. Sí le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1. (ALEMANHA. Código Penal Alemán, p. 9)

⁵⁰ As escusas absolutórias são causas pessoais de exclusão da punibilidade do agente, em determinados casos expressamente previstos na legislação penal. Dentre os exemplos destacados, é possível mencionar a situação jurídica daquele que pratica um crime contra o patrimônio de ascendente, descendente ou cônjuge, na constância da sociedade conjugal, desde que o comportamento não seja conduzido por violência ou grave ameaça à pessoa, nem tampouco tenha o ofendido mais de sessenta anos de idade. (arts. 181 e 183, CP).

também lhe são tecidas porque exige a extensão do dolo, elemento constitutivo do tipo, à ausência de quaisquer das causas de justificação. No entanto, ao contrário de uma falha, esta consequência natural coloca a teoria dos elementos negativos do tipo em perfeita harmonia com a legislação penal brasileira em vigor, uma vez que o art. 20, § 1º, do Código Penal brasileiro, sob a inspiração da teoria limitada da culpabilidade, sinaliza a exclusão do dolo quando da ocorrência de um erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.⁵¹

Nada obstante, merece relevo a crítica formulada por Hans Welzel, para quem a teoria em apreço nega autonomia às normas permissivas, que passam a ser meras limitações às normas proibitivas. Com efeito, essa conclusão afasta a diferença existente entre um fato ofensivo a um bem jurídico penalmente tutelado, mas justificado por alguma excludente da ilicitude, e outro fato, penalmente indiferente pela simples razão de não lesar ou expor a perigo de lesão bem jurídico qualquer.⁵²

Jescheck, por sua vez, ressalta a existência de determinadas manifestações legislativas prévias sobre valores conflitantes que retiram do alcance da norma, em caráter geral, determinados fatos ou pessoas ainda no âmbito de construção do tipo penal. Contudo, as causas de justificação não correspondem às exceções gerais constantes da norma incriminadora, mas são requeridas excepcionalmente para a solução de situações sociais conflitantes, por meio da ponderação de valores no caso concreto.⁵³

No mesmo sentido, observa Juarez Tavares:

Enquanto o tipo, com sua função de garantia ou de política criminal, serve para delimitar o setor de intervenção estatal,

⁵¹ O que será analisado adiante com mais detalhes.

⁵² Cf. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 80-84.

⁵³ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, p. 226.

mediante a descrição da conduta criminosa, a antijuridicidade deve ser com ele conjugada, não na modalidade de sua exceção formal, mas como limitação de seu conteúdo diante do fato concreto. O tipo, portanto, como categoria abstrata, é um limitador do arbítrio e uma segurança para o cidadão. A antijuridicidade extrai validade do caso concreto.⁵⁴

Jescheck prossegue sua crítica afirmando que é impossível o intercâmbio entre os elementos do tipo e os requisitos das causas de justificação, já que suas diferenças fundamentais possuem significado material.

A ação atípica não é merecedora de pena porque carece de relevância jurídico-penal, enquanto a ação típica, mas justificada, não merece pena porque excepcionalmente o fato, em que pese lesar um bem jurídico protegido, não encerra injusto material algum.⁵⁵

Por fim, o Professor tedesco aponta a existência de verdadeiros “elementos do tipo” configurados de forma negativa. Eles, entretanto, apesar da carga valorativa negativa, cuidam da descrição positiva do conteúdo da norma proibitiva, uma vez que descrevem determinada lesão ao bem jurídico tutelado, e não uma hipótese justificadora dessa lesão, como é próprio das causas de justificação.

Heleno Cláudio Fragoso critica a teoria afirmando que a identificação de tipo e antijuridicidade conduz à inaceitável conclusão de que existe uma antijuridicidade exclusivamente penal, sem afastar o círculo vicioso entre os dois elementos. Ressalta, ainda, que a teoria dos elementos negativos do tipo parte da premissa errônea de que a ordem jurídica estabelece apenas normas proibitivas, afastando a existência das normas permissivas.⁵⁶

⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 166-167.

⁵⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 226-227, tradução nossa.

⁵⁶ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral, p. 156-157.

No entanto, Fragoso nunca conseguiu explicar a função meramente indiciária do tipo nos chamados tipos abertos,⁵⁷ como ocorre nas hipóteses de crimes culposos, nos crimes comissivos por omissão e naqueles em que há expressa referência à ilicitude, com expressões como “indevidamente”, “sem justa causa” ou “sem permissão legal”: “no caso de tipos abertos, a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe”.⁵⁸

José Cirilo de Vargas, após colacionar opiniões favoráveis e contrárias à teoria, pondera:

Nada obstante, filio-me ao entendimento de que as justificativas afetam apenas a antijuridicidade, isto é, constituem obstáculos à constatação da ilicitude, apenas. [...] Há um argumento doutrinário contra o tipo total de injusto que dificilmente pode ser contrastado com sucesso: o legislador, do mesmo modo que constrói os tipos legais de crime, descrevendo condutas incriminadas, elabora tipos permissivos ou justificadores.⁵⁹

E, de forma taxativa, o Professor mineiro conclui que: “[...] contra a teoria em questão, temos uma realidade legislativa: o Código Penal, no art. 23, ao arrolar as justificativas, inseriu a

⁵⁷ No tipo aberto, a norma não esgota as características da conduta proibida, que deve ser complementada posteriormente pela atuação jurisdicional. Segundo Welzel, os tipos abertos são aqueles que *requieren ser completados, los que no indican de por sí la antijuricidad, y en los que debe ser fundamentada ésta a través de un juicio ulterior independiente. En ellos, para averiguar la antijuricidad, no basta el establecimiento de la circunstancia negativa de que no intervienen fundamentos de justificación.* (WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*, p. 87). Com isso, a descrição típica não atinge a sua função precípua de garantia e não atende, por conseguinte, aos objetivos de um Estado Democrático de Direito.

⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral.*, p. 183-184.

⁵⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 66.

seguinte rubrica marginal: ‘exclusão da ilicitude’, e, não, ‘exclusão da tipicidade’. Para mim, não há mais o que argumentar”.⁶⁰

O argumento legislativo não tem a menor procedência. Já foi mencionada a redação do art. 20, § 1º. E nem precisaria lembrar aquela dos arts. 22, 26 e 28 do Código Penal brasileiro que, ao trabalhar hipóteses legais de “isenção de pena”, poderiam levar a uma diferente estruturação bipartida de delito, em concepção há muito superada.⁶¹

Nada obstante, José Cirilo de Vargas aproxima-se de Mezger ao afirmar que “a ilicitude não está rigidamente separada da tipicidade.”⁶² O Professor da Casa de Afonso Pena admite que, em um sistema jurídico subordinado ao princípio da reserva legal, a antijuridicidade somente possui significado diante da tipicidade, porquanto ao penalista somente interessa a ilicitude descrita no tipo penal.⁶³ No entanto, José Cirilo de Vargas discorda de que a posição de Mezger conduza a uma fusão entre tipicidade e antijuridicidade, uma vez que o Professor da Universidade de Munique empregava a expressão injusto como sinônimo de

⁶⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 67.

⁶¹ Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*, v. 1, p. 153-154; 451-453. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 1, p. 97-98. COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*, p. 36. CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*, v. 1, p. 106. Estes autores são chamados, por alguns, de finalistas dissidentes. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*, v. 2, p. 189-190, p. 207)

Há uma outra frente, capitaneada em nosso ordenamento jurídico por Luiz Flávio Gomes, que vê o crime como fato formal e materialmente típico, antijurídico e punível. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*, v. 2, p. 190)

⁶² VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 227; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30.

⁶³ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 227; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30.

antijuridicidade. E é nesse sentido, para Vargas, que o tipo descreve a ilicitude.⁶⁴

Paul Bockelmann, em obra atualizada por Klaus Volk, também se posiciona contrário à teoria, afirmando que as descrições de conduta presentes em cada um dos fatos típicos já constituem tipificações de ilícitos. No entanto, ressalta a importância de diferenciar os elementos negativos do tipo dos elementos do fato típico expressos de forma negativa que, como verdadeiros elementos típicos, devem estar presentes para que um tipo legal possa ser considerado concretizado.⁶⁵

Em lado oposto, Edmund Mezger defende a teoria dos elementos negativos do tipo, afirmando que as críticas decorrem, muitas vezes, de uma errônea compreensão de sua formulação.⁶⁶ Sua posição deflui, como já ressaltado, de sua opção pela “teoria

⁶⁴ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 227-228; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30. José Cirilo de Vargas ressalta, ainda, que aceitar a doutrina de Mezger não implica repudiar, por completo, a concepção tripartida do delito como conduta típica, antijurídica e culpável. (Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, p. 30). Nesse sentido, a lição de Luis Jiménez de Asúa, para quem *no es que lo típico sea la ratio essendi de lo injusto, como cree Mezger, tesis que, como hemos dicho, nos llevaría a la falsa posición de que hay una antijuricidad penal que tiene su razón de ser en el tipo, sino que concreta lo injusto o lo señala.* (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*, v. III, p. 680)

⁶⁵ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*, p. 48-50.

⁶⁶ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 358-359, 363-364.

Ressalta Mezger: *Pero, en cambio, la antijuricidad de la acción es ciertamente una característica del delito, y por tanto, parte integrante del 'tipo' entendido éste, no en el sentido que aquí lo empleamos, sino en corriente en la teoría general del Derecho. También se ha negado esto, diciendo para fundamentar la negación que la antijuricidad no puede ser colocada, como característica de igual rango, en la misma línea que la tipicidad, del mismo modo que no es posible situar un síntoma de una enfermedad al lado de la enfermedad misma.* (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*, p. 358-359)

da identidade”, que trabalha o tipo como a “ratio essendi” da ilicitude penal.

Na Alemanha, ressalta José Cirilo de Vargas, a teoria dos elementos negativos do tipo recebeu outras importantes adesões, como as de Karl Engisch, Arthur Kaufman, Claus Roxin, Friedrich Schaffstein, Helmut von Weber, Wilhelm Sauer, Baumgarten, Reinhard Frank, Richard Busch, Adolf Schönke, Horst Schröder, além de Heinrich Lange, Dietrich Lang-Hinrichsen, Harro Otto, Erich Samson, dentre outros.⁶⁷

No Brasil, renomados juristas também abraçam a teoria examinada ou alguma de suas variantes, como Miguel Reale Júnior,⁶⁸ Everardo da Cunha Luna⁶⁹ e Paulo de Souza Queiroz.⁷⁰

Para Everardo da Cunha Luna, “não são típicos os atos justificados (exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e legítima defesa)” e, “configurada uma causa de exclusão da antijuridicidade, excluída está a tipicidade”.⁷¹

Miguel Reale Júnior ressalta que a estrutura tripartida do delito, em suas categorias tipicidade, antijuridicidade e

⁶⁷ Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*, p. 65.

⁶⁸ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1974; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

⁶⁹ Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985; LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁷⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*.

⁷¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*, p. 22-23 e 76.

Em tese apresentada, em 1958, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no concurso para Livre Docência da Cátedra de Direito Penal, Everardo da Cunha Luna já adotava a teoria dos elementos negativos do tipo. (Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, p. 61).

culpabilidade, constitui uma possível necessidade de caráter analítico com a finalidade meramente explicativa, sem representar, no entanto, a substância do fenômeno delituoso:

Posso dizer com Pagliaro que os tipos penais requerem a ausência de causas de exclusão, como elementos negativos do fato delituoso. Se se pretender dar uma autonomia à antijuridicidade, seria forçoso concluir que constitui antijuridicidade a ausência daquilo que se existisse ela deixaria de existir, em uma demonstração de que não tem a antijuridicidade autonomia, mas constitui a outra face da tipicidade.⁷²

Dessa forma o delito se compõe da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade, em uma conformação bimembre, o que não significa que a face negativa da tipicidade não possa, sob o nome de antijuridicidade, ser analisada separadamente.⁷³

3.3 Tipo total de injusto

A teoria dos elementos negativos do tipo tem como consequência fundamental a unificação do tipo e da ilicitude (antijuridicidade) no chamado “tipo total de injusto”.⁷⁴

⁷² REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, v. 1, p. 147. Para o Professor Miguel Reale Júnior: “A ação típica é antijurídica, pois se a função do direito é impor valores e defendê-los, a antijuridicidade consiste no ajuizamento de que foi a ação animada por um desvalor, isto é, realizada de modo típico, a revelar sua contrariedade ao valor tutelado. Mas toda ação típica é antijurídica? A nosso ver, sim. E as causas de justificação? Ocorrendo uma causa de justificação não há a adequação típica.” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*, p. 48 e 53)

⁷³ Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*, v. 1, p. 147.

⁷⁴ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 166.

A inclusão das causas de justificação no tipo legal de crime, transformando as normas permissivas em faces negativas do tipo de injusto, fundamenta um sistema de fato punível com apenas duas categorias fundamentais: o tipo total de injusto e a culpabilidade.⁷⁵

O tipo total de injusto, resultante da confluência das faces positiva e negativa do tipo, abrange todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude. Dessa forma, a confirmação da tipicidade determina, desde o início, a inocorrência de causa de justificação, o que autoriza, por consequência, um juízo definitivo sobre a ilicitude.⁷⁶ Tipo e antijuridicidade fundem-se, portanto, numa só figura – a do “tipo total de injusto”.⁷⁷

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 4.

⁷⁶ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general, p. 225. Wilhelm Gallas estruturou uma concepção um pouco mais ampla. Para o jurista alemão, o tipo total compreende, além da antijuridicidade, também a culpabilidade. (Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, p. 34).

⁷⁷ Sebastian Soler, ao definir delito, optou por descrevê-lo como uma ação tipicamente antijurídica e culpável, adotando, por conseguinte, o tipo total de injusto: [...] *al definir el delito hemos preferido referirnos a la acción ‘tipicamente antijurídica y culpable’ en vez de decir ‘típica, antijurídica y culpable’*. *Pretendemos así señalar la diferencia que media la teoría del tipo y de la antijuridicidad. La figura concreta viene a dar la sustancia a la ilicitud y a la culpabilidad.* (SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. I, p.305).

Ainda no Direito Penal argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, em obra vertida para o português e adaptada para o direito pátrio por José Henrique Pierangeli, buscou desenvolver uma denominada “tipicidade conglobante”, consistente em um juízo de averiguação da proibição por meio da indagação do alcance proibitivo da norma “conglobada” no ordenamento jurídico. Segundo o Professor portenho “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, uma vez que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas”, mas que são alcançadas pela tipicidade legal. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, p. 459-461). Com o devido respeito, a tese acima sustentada é exatamente a do tipo total de injusto, com uma nova nomenclatura.

Johannes Wessels leciona:

Tipo e causas justificantes, dentro desta forma de consideração, não se situam face a face como proibição geral e norma permissiva autônoma; as causas de exclusão do injusto aparecem muito mais como meras limitações à norma proibitiva [...] Cada conduta justificada seria, pois, de antemão, não proibida e de modo algum típica no sentido do tipo total de injusto. Em visão sistemática, fundem-se, assim, tipicidade e antijuridicidade forçosamente em um estágio unitário de valoração.⁷⁸

No tipo total de injusto, portanto, todas as circunstâncias de fato que fundamentam ou excluem o ilícito são reunidas convenientemente em um mesmo grau valorativo e em um mesmo conceito de fato típico, com os seus elementos positivos e negativos. O delito se estrutura, então, em apenas dois níveis: o do fato típico ilícito e o da culpabilidade.

Claus Roxin destaca que é totalmente razoável conceber um tipo descritivo do injusto perante outro tipo que o exclua, de modo que, no caso concreto, primeiro seja aferido o tipo fundamentador para logo a seguir afirmar a existência do tipo excludente do injusto. De toda forma, é recomendável abranger os tipos em um tipo total, porquanto ambos servem à mesma tarefa de definição do injusto jurídico-penal que constitui a essência do tipo. Destaca Roxin que:

Para o tipo total, uma ação justificada não é típica, e uma ação típica é sempre antijurídica. [...] O tipo total resulta, de pontos de vista sistemáticos, dogmáticos e práticos, preferível a um tipo penal que só contenha os elementos das prescrições penais da Parte Especial. Só o tipo total é realmente um tipo fechado,

⁷⁸ WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 31-32.

uma vez que compreende a totalidade do substrato correspondente ao juízo de injusto.⁷⁹

O Professor alemão acrescenta, ainda, que “só o tipo total é capaz de realizar sem limitações a exigência da moderna teoria do tipo, segundo a qual este deve ser a *ratio essendi* da antijuridicidade.”⁸⁰

Nessa estrutura bipartida do delito, ou em qualquer outra que possa ser adotada, é indiscutível a precedência da ilicitude. Nesse aspecto, os causalistas Mezger⁸¹ e Sauer⁸² e o finalista Maurach⁸³ possuem opiniões convergentes. Em primeiro lugar, advém a ilicitude, para, em momento posterior, haver a tipificação. Assim, o tipo só descreve condutas consideradas ilícitas.

Dessa ordem de idéias, é forçoso concluir que, para o Direito Penal, é absolutamente irrelevante a ilicitude não tipificada, de forma que é possível afirmar, ao contrário de Fragoso,⁸⁴ a existência de uma ilicitude especialmente penal.⁸⁵

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 276; 294, tradução nossa.

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 273-276.

⁸¹ Cf. MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946. t. I.

⁸² Cf. SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*. Traducción Juan del Rosal; José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.

⁸³ Cf. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

⁸⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 156-157.

Giuseppe Maggiore vem em socorro ao Professor brasileiro: *El concepto de justificación no es, a decir verdad, particular y exclusivo del derecho penal; pertenece al derecho en general, tanto público como privado, pues es facultad del ordenamiento jurídico el decidir si determinada relación está contra el derecho o es conforme a él, hacer jurídico lo que es antijurídico*. (MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, v. I, p. 387-388)

⁸⁵ Welzel, do qual discordamos, caminha em sentido diametralmente oposto: *Los conceptos ‘antijuricidad’ e ‘injusto’ son utilizados por lo común*

Assim, ao voltar os olhos para a doutrina alemã do final do século XIX e início do século passado, percebe-se o acerto doutrinário da teoria concebida por Adolf Merkel.

A estrutura do delito sustentada pelo finalismo de Welzel e por seus seguidores subverte a ordem natural de criação dos tipos penais e permite a concepção dos chamados tipos abertos.

Como afirmado, o tipo legal, como um tipo total de injusto, leva a uma concepção bipartida, ou bímembre, de crime, de forma que o delito se constitua de apenas duas etapas: o tipo e a culpabilidade.⁸⁶

*indiferentemente. Esto es en muchos casos inocuo; sin embargo, puede conducir a malos entendidos en cuestiones importantes. Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica, la antijuricidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia en la acción [...]. La antijuricidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico. Lo injusto, como objeto valorado antijurídico, es, en cambio, múltiple, tanto como acciones antijurídicas hay en el derecho. Por esa razón, hay ciertamente injusto específicamente penal (distinto de lo injusto del derecho civil, p. ej.); pero ninguna antijuricidad específicamente penal. Lo injusto penal está especialmente diferenciado por la característica de la 'adecuación típica'. [...] Así es comprensible que haya injusto específicamente penal, pero no antijuricidad específicamente penal. (WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*, p. 58-59)*

⁸⁶ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 165. Juarez Cirino dos Santos ressalta que este sistema bipartido de delito encontrou, nas lições dos alemães Engisch, Arthur Kaufmann, Otto, Schünemann e Herzberg e do brasileiro Machado, prestigiosas adesões da dogmática jurídico-penal moderna: "E parece lógico, porque, freqüentemente, o tipo legal exige elementos da antijuridicidade, cuja ausência exclui o próprio tipo (por exemplo, o caráter injusto do mal, na ameaça) e, além disso, existem tipos legais que não admitem causas de justificação (por exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor), nos quais tipicidade e antijuridicidade se confundem". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 4). Claus Roxin, ao desenvolver a teoria dos elementos negativos do tipo, destaca que *esta teoría llega a la conclusión de*

O tipo, como tipo de injusto, é o único que pode realizar, plenamente, sua função de garantia, consectário lógico do princípio constitucional da legalidade.

3.4 A teoria dos elementos negativos do tipo no Código Penal brasileiro

O legislador da reforma penal brasileira de 1984, capitaneado pelo Ministro Francisco de Assis Toledo, adotou a teoria dos elementos negativos do tipo ao disciplinar as hipóteses de erro sobre os elementos constitutivos do tipo penal.

O Código Penal brasileiro, diferentemente do alemão, disciplina as diversas espécies de erro essencial: o erro de tipo (art. 20, *caput*), o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (art. 20, § 1º) e o erro de proibição, direto ou indireto (art. 21, *caput*).

O erro nada mais é do que uma falsa representação da realidade, “é a *não-conformidade* entre a representação e a realidade”.⁸⁷

que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (Lang-Hinrichsen), que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión). Y si con respecto a los tres atributos esenciales de la acción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) se puede hablar de una estructura del delito tripartita, en cambio, la teoría de los elementos negativos del tipo conduce a un sistema bipartito del delito, que en caso de concurrencia de una acción, sólo distingue además entre el injusto típico y la culpabilidad, y a lo sumo se diferencia, dentro de la amplia categoría delictiva del injusto, entre tipos positivos, fundamentadores del injusto, y ‘contratipos’ negativos, excluyentes del injusto. (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, p. 284)

⁸⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, t. 1, p. 282.

A sistematização da teoria do erro passou por diversas etapas em sua caminhada histórica, de acordo com a adoção de um ou outro esquema de construção do delito.

No esquema causal, o conhecimento da ilicitude, concreto ou potencial, é elemento constitutivo do dolo, que integra a culpabilidade. Para a teoria extremada (estrita) do dolo, o agente tem que possuir um conhecimento atual e concreto do injusto, enquanto que, para a teoria limitada do dolo, basta o seu conhecimento potencial. Em ambas, tanto o erro de tipo quanto o erro de proibição excluem o dolo.⁸⁸

No esquema finalista, o dolo é concebido como dolo natural, desprovido da consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade. O dolo, portanto, é valorativamente neutro. Para a teoria extremada (estrita) da culpabilidade, o erro sobre a ilicitude do fato é sempre erro de proibição. A teoria limitada da culpabilidade, por seu turno, desenvolve uma diferenciação entre erro de proibição direto e indireto, este sobre a existência, o âmbito ou os limites legais de uma causa de justificação.⁸⁹ O erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação equivale, na verdade, a um erro de tipo permissivo, que possui os mesmos efeitos do genuíno erro de tipo: sempre exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos.

O Código Penal brasileiro adotou, em sua reforma de 1984, a teoria limitada da culpabilidade. E, nesse aspecto, parece-nos ter abraçado, também, a teoria dos elementos negativos do tipo:

A divergência irremovível entre a teoria estrita e a limitada está no tratamento do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa

⁸⁸ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general, p. 224.

⁸⁹ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 447.

de justificação, para a primeira erro de proibição, para a segunda uma espécie anômala de erro (erro de tipo permissivo), que produz os mesmos efeitos do erro sobre elemento do tipo, ensejando, portanto, o aparecimento da modalidade culposa.

Essa orientação, que prevaleceu na reforma penal brasileira, encontra justificativa doutrinária entre os inúmeros seguidores da denominada “teoria dos elementos negativos do tipo”.⁹⁰

Santiago Mir Puig pondera que, como a ausência dos pressupostos fáticos de uma causa de justificação é indispensável para que ocorra o tipo negativo que, por sua vez, é fundamental para que se forme o tipo total de injusto, o erro sobre aqueles pressupostos indica um erro sobre os elementos do tipo negativo, o que configura, dessa forma, um erro de tipo.⁹¹

A importância desse erro não poderia ser outra senão a exclusão do dolo, que leva à atipicidade da conduta, da mesma forma que preconizam os defensores da teoria limitada da culpabilidade. Na hipótese de erro vencível, não há impunidade nos crimes culposos, como buscam defender alguns. Não há, também, equívoco legislativo no tratamento da teoria do tipo, como querem outros.⁹² A questão está restrita, como se percebe, tão-somente à natureza jurídica do erro.

Dessa forma, as teorias limitada da culpabilidade e dos elementos negativos do tipo tratam da mesma forma aquela espécie de erro e estão em perfeita harmonia com a Parte Geral do Código Penal brasileiro vigente. A teoria limitada da culpabilidade conduz a um resultado idêntico ao proposto pela teoria dos elementos negativos do tipo, mas com uma fundamentação diversa.

⁹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*, p. 286.

⁹¹ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general, p. 538.

⁹² Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 447.

Nesse aspecto, portanto, qualquer crítica que se faça ao tipo total de injusto pode ser estendida à teoria limitada da culpabilidade, que conta com a adesão de ampla maioria de nossa doutrina.

4 CONCLUSÃO

1. O tipo legal de crime é a descrição normativa de condutas que representam a negação de valores jurídico-criminais, que podem levar à lesão ou à ameaça de lesão a bens jurídico-penais. Dessa forma, ele é o portador de toda valoração jurídico-penal diante da qual se coloca intérprete da lei penal. Sob esse prisma, a tipicidade é formal e garantidora do princípio da legalidade e, também, material, configurando-se a própria ilicitude tipificada. O tipo legal, por conseguinte, consubstancia-se em um instrumento absolutamente indispensável a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

2. Na moderna teoria do fato punível, a determinação do conteúdo do injusto penal deve se estruturar, fundamentalmente, na relação existente entre tipo e ilicitude. De um tipo penal compreendido com o fundamento real e de validade da ilicitude penal, foi desenvolvida, na Alemanha do último quartel do século XIX, a *teoria dos elementos negativos do tipo*, que parte da premissa de que o tipo possui duas faces: a primeira, positiva, formulada pela descrição da conduta incriminada; a segunda, negativa, indicada pela ausência de causas de justificação. Dessa forma, a presença de uma excludente de ilicitude, funcionando como elemento negativo, impede a realização típica.

3. A teoria dos elementos negativos do tipo tem como consequência fundamental a unificação do tipo e da ilicitude no chamado tipo total de injusto.

4. O tipo total de injusto, resultante da confluência das faces positiva e negativa do tipo, abrange todos os elementos que fundamentam, delimitam e excluem a ilicitude. Assim, a confirmação da tipicidade determina, desde o início, a inoccorrência de causa de justificação, o que autoriza, por consequência, um juízo definitivo sobre a ilicitude.

5. A ilicitude sempre precede à tipificação da conduta, de modo que, para o Direito Penal, é irrelevante a ilicitude não tipificada. Nessa ordem de idéias, é possível afirmar que nem toda conduta ilícita é penalmente típica, bem como que existe uma antijuricidade eminentemente penal.

6. A tipicidade não é um elemento independente da ilicitude penal, configurando, ao contrário, um de seus requisitos fundamentais, um pressuposto de sua própria existência.

7. O tipo penal, como assentado, possui as funções precípua de fundamentar a ilicitude e figurar como instrumento indispensável de garantia, força motriz do princípio da reserva legal. Como tipo total de injusto, leva a uma concepção bipartida de crime, de forma que o delito se constitua de apenas duas etapas: tipicidade e culpabilidade.

8. O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, que se encontra, no tratamento do erro, em perfeita sintonia com a *teoria dos elementos negativos do tipo*. Como a inexistência de uma causa de justificação integra o tipo penal, o erro sobre os seus pressupostos fáticos implica, na verdade, um erro de tipo, que exclui o dolo, mas permite a eventual punição a título de culpa.

9. Quando o legislador optou por descrever as causas de justificação no art. 23 do Código Penal brasileiro, o fez por mera questão de técnica legislativa, como forma de evitar a repetição de sua face negativa em cada um dos tipos penais estruturados na Parte Especial do Código Penal.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Código penal alemán*. Traducción de Claudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 40. ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Jr.; Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Traducción de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BELING, Ernst von. *La doctrina del delito-tipo*. Traducción de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRASIL. *Código penal* (1940). Brasília: Senado Federal, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, 2007.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I.
- CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal: parte geral e parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal: parte geral*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de José Luís Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1962, v. III.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, t. 1.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971. v. I.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

- MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. de cci3n Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: Julio C3sar Faira, 2004.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducci3n de Jos3 Arturo Rodriguez Mun3z. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946. t. I.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal: libro de estudio, parte general*. Traducci3n de Ricardo C. N3ñez. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed. S3o Paulo: Atlas, 2005. v. 1.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradu33n de Cl3udia Viana Garcia; Jos3 Carlos Nobre Porci3ncula Neto. S3o Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Parte da 7. ed. da obra *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2004.
- MUN3Z CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradu33n de Luiz Regis Prado; Juarez Tavares. Porto Alegre: S3rgio Ant3nio Fabris, 1988.
- MUN3Z CONDE, Francisco. *Introducci3n al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Julio C3sar Faira, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jur3dico-penal e Constitui33o*. S3o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. S3o Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdu33o cr3tica*. S3o Paulo: Saraiva, 2001.
- REALE J3NIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. S3o Paulo: Bushatsky, 1974.
- REALE J3NIOR, Miguel. *Institui33es de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- ROXIN, Claus. *Teor3a del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jur3dico*. Traducci3n de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

RODRIGO SUZANA GUIMARÃES

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SAUER, Wilhelm. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Juan del Rosal; José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978. v. I.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1987.

VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, t. I.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.