

## Questão Discursiva 00889

Discorra sobre a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo e as consequências do erro incidente sobre causas de justificação para esta teoria.

### Resposta #002000

Por: MAF 18 de Julho de 2016 às 11:01

O tipo penal passou por três fases de evolução. Inicialmente, o tipo possuía caráter meramente descritivo, sem qualquer valoração. A seguir, ele passou a ser indiciário da ilicitude, ou seja, se o agente praticou um fato típico, provavelmente este será ilícito. Por fim, o tipo passou a ser a razão da ilicitude (teoria da *ratio essendi*).

Neste contexto e como decorrência da *ratio essendi*, foi desenvolvida a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo. Por esta teoria, quando a conduta não for ilícita, não haverá o fato típico, ou seja, quando a conduta estiver abrangida por uma causa de justificação, esta será atípica.

Desta forma, as causas de justificação, para esta teoria, são consideradas como elementos negativos do tipo. Surge daí a ideia do tipo total, ou seja, o tipo deve ser entendido em conjunto com a ilicitude.

Por fim, considerando que para esta teoria não há dolo quando presente uma causa de exclusão da ilicitude, o erro incidente sobre causas de justificação excluem o dolo, sendo que se este for inevitável, exclui-se a culpa também; se evitável, permite-se a punição por fato culposo (se previsto em lei).

### Resposta #003852

Por: Marco Aurélio Kamachi 26 de Fevereiro de 2018 às 14:39

A teoria dos elementos negativos do tipo busca atrelar os elementos do fato típico a própria antijuridicidade, criando-se um tipo total de injusto. Diferentemente do finalismo penal, essa teoria não trabalha com a ideia de presunção de antijuridicidade uma vez consumados os elementos integrantes da conduta típica descrita na norma. Ao contrário, estabelece que, para a própria configuração do fato penalmente típico é necessário que os elementos de antijuridicidade estejam presentes na tipificação da conduta. Isso equivale a dizer, sob o aspecto do tipo total de injusto que, ao lado dos dados expressos no tipo penal, apresentam-se também dados implícitos, justamente os elementos negativos, consistentes na ausência de justificantes, as denominadas causas excludentes de ilicitude.

Sob essa ótica, o erro incidente sob causas de justificação, a depender da sua natureza, importará na própria ausência de tipicidade. Destarte, constando-se o erro sobre os pressupostos fáticos de uma justificante sequer é possível falar em fato penalmente típico, à luz da teoria limitada da culpabilidade.

Por derradeiro, na prática equivale a dizer que a imputação penal necessariamente deverá comprovar não somente a conduta típica, mas também que essa conduta não está amparada por uma causa justificante prevista no ordenamento jurídico, sob pena de refreamento da própria acusação. Essa premissa inverte a lógica do finalismo segundo o qual a imputação penal pelo órgão acusatório remanesce tão somente o dever de descrever a conduta de acordo com os elementos expressos no tipo, cumprindo a defesa a prova dos elementos justificantes da conduta.

### Resposta #003883

Por: Bruno Ville 6 de Março de 2018 às 21:58

Ao contrário da teoria indiciária adotada pela doutrina majoritária no Brasil, segundo a qual a ilicitude é externa ao fato típico, que constitui incício de ilicitude, a teoria dos elementos negativos do tipo pressupõe interdependência entre fato típico e ilicitude, sendo o tipo penal constituído por elementos positivos (fato típico) e negativos (causas excludentes de ilicitude), que são analisados em etapa única, de modo que a presença de justificantes resulta em atipicidade (para a teoria indiciária, o fato seria típico, mas lícito).

Fixadas as premissas, o erro sobre as causas de justificação, sob o ponto de vista da teoria dos elementos negativos, terá as mesmas consequências da teoria indiciária, seja no erro for de tipo permissivo quanto à existência dos pressupostos fáticos da causa (atipicidade por ausência de dolo no erro escusável e crime culposo, se previsto no tipo penal, para o erro inescusável), uma vez que incide sobre o dolo, seja nos casos de erro de proibição, quanto aos limites ou à existência da justificante, pois incidirá na culpabilidade, precisamente na potencial consciência da ilicitude (exclusão se o erro for escusável, redução de pena de 1/6 a 1/3 se inescusável).

### Resposta #004412

Por: Anna Paula Grossi 14 de Julho de 2018 às 22:32

Pela Teoria dos Elementos Negativos do tipo, o tipo penal é composto por elementos positivos, consistentes nos elementos objetivos, subjetivos e normativos, que garantem a plenitude do tipo, mas que podem ser descaracterizados através da presença dos elementos negativos, que são as excludentes de ilicitude estudadas no âmbito da Teoria Finalista. Com o escopo de se obter a relação entre tipicidade e ilicitude, presentes qualquer causa de justificação, o tipo penal é composto por um elemento negativo, e a sua consequência principal é a exclusão da tipicidade. Assim, a regra explica que somente será crime se não houver a presença de uma justificante no tipo penal.

## Resposta #004812

Por: andregraju 14 de Novembro de 2018 às 18:35

Segundo a teoria dos elementos negativos do tipo, o tipo penal possui elementos positivos e negativos, ou seja, haverá fato típico se houver tipicidade e a conduta não estiver amparada por uma causa de justificação, surgindo o que se chama de injusto total, que é a soma da tipicidade com a ilicitude.

Para ela, não se estuda primeiro a conduta típica para só então considerar a ilicitude, visto que o fato é típico e ilícito desde a origem ou é atípico e ilícito desde o início.

Esse raciocínio é decorrente da teoria da *ratio essendi*, que criou o conceito de injusto total. Assim, considerando essas duas teorias, haveria uma absoluta dependência entre a tipicidade e a ilicitude.

Considerando que o Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade, caso o erro recaia sobre uma situação fática, haverá erro de tipo. Por sua vez, caso o erro recaia sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação, o erro será de proibição, conforme os artigos 20 e 21 do Código Penal.

Esse erro pode ser vencível ou invencível. Se invencível, excluirá tanto o dolo quanto à culpa, ao passo que se for vencível ele excluirá o dolo, mas é possível punir pela culpa, caso haja previsão legal. Igualmente, para a teoria negativa do tipo, não há dolo quando há uma causa de justificação ou quando há erro sobre essa justificação, embora permita a punição caso haja previsão legal.

## Resposta #005576

Por: Ailton Weller 5 de Agosto de 2019 às 18:58

Para a teoria dos elementos negativos do tipo os requisitos do crime fato típico e ilicitude são unos, de forma que sem um deles não haverá crime. Assim, para esta teoria, com a junção do fato típico e antijuridicidade forma-se o que se chama de injusto total.

Tal teoria preconiza que só haverá o crime em não havendo causa de justificação, ou seja, só é crime na ausência de excludentes de ilicitude, de maneira que a prática de homicídio não configurará crime se praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal ou no exercício regular de um direito. De acordo com a teoria dos elementos negativos do tipo, a presença de causas de justificação nega a própria existência do crime, uma vez que são jungidos em um só o fato típico e a ilicitude.

Por sua vez, o erro do agente sobre as causas de justificação sempre excluirá o dolo, porém, poderá permitir a punição a título de culpa se for evitável o erro.