DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO POR SUA PRECISÃO CONCEITUAL

Frederico Gomes de Almeida Horta

Sumário

1. Introdução
2. Panorama Doutrinário
3. Elementos da Descrição Típica e a Indefinição dos Termos nas Linguagens Naturais ou Ordinárias: Os Juízos de Valor e o Alinear da Norma Incriminadora
4. Elementos Normativos do Tipo; Conceito Adotado
5. Conclusão
6. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo procuramos contribuir para a identificação dos elementos normativos nos tipos penais, focando nossa apreciação sobre o problema de sua conceituação, isto é, da determinação das propriedades pelas quais tais elementos se destacam em relação àqueles considerados puramente “descritivos”.

Deste modo, passamos em revista algumas das principais elaborações doutrinárias a respeito dos elementos normativos do tipo - sua existência, conceito e classificação - ressaltando as principais
divergências existentes entre elas, bem como o impasse a que tais divergências submeterem o estudioso do tema.

Partindo, então, de uma detida análise das propriedades linguísticas da lei penal, reveladora da precariedade de se pensar os elementos normativos simplesmente como aqueles pressupostos da conduta típica cuja apreciação requer um juízo de valor, adotamos uma definição que nos parece mais comprometida com suas peculiaridades significativas e, portanto, capaz de efetivamente diferenciá-los dos demais.

2 PANORAMA DOUTRINÁRIO

2.1 O tipo objetivo e avalorado de Ernst Von Beling

A identificação dos elementos normativos como parte de uma infinidade de tipos penais e seu conseqüente estudo no âmbito da tipicidade não ocorreu logo que o tipo foi forjado como categoria autônoma dentro do conceito analítico de crime (ação típica, ilícita e culpável). Ao contrário, quando Ernst Von Beling iniciou o estudo do tipo, com a doutrina do 

rtbestand, a tipicidade de uma conduta não era mais do que a adequação desta a uma imagem preestabelecida objetivamente, livre de referências ao ânimo do agente ou de qualquer juízo de valor. Na elaboração belinguiana toda valorização da conduta deveria restringir-se à apreciação da sua antijuridicidade, enquanto que os momentos subjetivos ou a atitude anímico espiritual do agente comportam exclusivamente o exame da culpabilidade.

Cultores do modelo causal-naturalista do comportamento humano⁷, Ernst Beling e Franz Von Liszt⁸ tinham-no como toda ação ou omissão voluntária causadora de um resultado, isto é; de uma modificação no mundo exterior. Tal conceito de ação leva em conta, dessa forma, a conduta (ação ou omissão) ou, ainda, um comportamento corporal, consistente em um “fazer” (ação positiva), ou em um “não fazer” (uma distensão dos músculos), a sua voluntariedade (liberdade de inervação muscular), e o resultado por ela causado (LUISI, 1987, p. 32; PRADO, 2000b, p. 19). Por ser puramente naturalista, não há neste modelo guida para nenhuma referência ao valor da ação, isto é; nenhuma apreciação normativa.

2.2 Em Max Ernst Mayer, o primeiro esboço

⁷ Segundo Marques (2000, p. 38-39), “o modelo causal conceituou o comportamento humano como todo comportamento voluntário que causa modificação no mundo exterior. Tal conceito é puramente naturalístico, estranhando a qualquer valor e excludendo de qualquer apreciação normativa”. Assim, para os causalistas, o aspecto determinante na apreciação do comportamento humano é a relação de causa e efeito entre uma ação (ou omissão) e um determinado resultado, pouco importando o conteúdo da vontade que a conduziu.

⁸ Destacam-se E. Beling e Von Liszt como responsáveis que foram pelo chamado sistema objetivo-subjetivo do crime. “Este sistema entendia que todo o objetivo pertencia ao tipo e à ilicitude e todo o subjetivo à culpabilidade, em outras palavras, todo o causal objetivo pertence ao ‘injusto’ e todo o anímico-subjetivo pertence à ‘culpabilidade’.” (Marques, 2001, p. 38)
Foi Max Ernst Mayer o primeiro a falar da existência, no conteúdo dos tipos penais, dos elementos normativos. A eles se referia como “aquelas partes esenciais de um resultado típico, que não têm mais que importância valorativa determinada” (MAYER, s.d., p. 183 apud ASÚA, s.d., p. 778). Ou como “aqueles componentes do resultado antijurídico que só têm significação determinadora de um valor” (apud ROXIN, 1979, p. 62). A esse conceito acrescenta, ainda, um critério que os diferencia dos outros elementos do tipo. Assim:

Como partes esenciais de ação se distinguem das referências do acto e são, por lo demais, lo mais fácil de reconhecer por uma característica que falta em elas: são partes essenciais que com o movimento corporal não estão em relação de causalidade. Que a coisa austrada seja ajena, no está causado por o ladrão, a difusão do falso é a obra do difamador, no falsidade de os hechos. (MAYER, s.d., p.183 apud ASÚA, s.d., p. 778)

Signatário do modelo causal-valorativo de ação, influenciado pelo neokantismo da Escola de Baden e responsável pela doutrina das normas de cultura99, com Max Ernst Mayer, “a concepção mecânica do comportamento humano, própria do positivismo filosófico, recebe sua última pá de cal” (MARQUES, 2001, p. 46). Mayer, apesar de reconhecer a importância da tipicidade para a teoria do delito e de concordar com Beling no que tange ao seu caráter descritivo, discorda que esta não guarde nenhuma relação com o juízo de ilicitude. Antes, afirma que a tipicidade da conduta é um indício (ratio cognoscendi) de sua antijuridicidade.100 Uma estaria para a outra assim como a fumaça está para o fogo.

Ao se dedicar aos “próprios elementos de a antijuridicidade”, afirma Mayer (s.d., apud ASÚA, s.d., p. 778) que, quando uma circunstância não apenas indica; aponta para a antijuridicidade da conduta, mas sim a fundamenta, então essa circunstância não é apenas ratio cognoscendi da antijuridicidade, mas sua ratio essendi, e pertence à antijuridicidade mesma, como sua parte essencial. Daí conclui:

Los elementos normativos del tipo tienen precisamente esa particularidad. En tanto que en la sustracción yace un indicio del apoderamiento antijurídico, la ajenidad de la cosa es su parte esencial; si falta la sustracción, se excluye el tipo del hurto; si falta la ajenidad, se excluye la antijuridicidad del apoderamiento. (s.d., p. 184-185 apud ASÚA, s.d., p. 778)

A partir desse conceito amplo trazido por Mayer, os elementos normativos surgem para a ciência penal como uma realidade inerente ao tipo; um problema a ser estudado e cujos contornos restam até hoje indefinidos.101

99 Para Mayer, as normas jurídicas são normas de cultura reconhecidas pelo Estado (LUNA, 1970, p. 183). Mas a norma de cultura não penetra a legislação "em seu estado de natureza", "é el a o material, que será trabalhado pelo legislador, na tarefa de fazer a lei.[...]. É um trabalho, esse, de seleção, de arte e de estudo, em que se captia o essencial e despreza-se o supérfluo. Tal a paixão humana transfigurada pela arte, assim a norma de cultura reconhecida pelo direito." (LUNA, 1970, p. 190-191).

100 "O reconhecimento efetivo das normas de cultura opera-se através dos tipos legais (gesetzlichen Tatbeständen), que funcionam como ratio cognoscendi dessas normas e representam indícios daquelas coisas que se praticam contra o direito." (MAYER, 1937 apud LUNA, 1970, p. 191)

101 Destacamos esta passagem da obra Mayer, em que o Mestre comenta, ainda que sem nomear-lhes, o que aqui consideramos como elementos normativos do tipo: "As leis são comparáveis a fórmulas matemáticas, contendo, como estas, grandezas variáveis desconhecidas, que se substituíram, quando aplicadas, por valores definidos. Muitas vezes são os costumes sociais que definem esses valores. Costumes, não raro, verdadeiramente antagônicos, e que denotam a
2.3 Os “elementos típicos normativos” na lição de Mezger

Edmundo Mezger também se dedicou ao estudo do tema, como convinha à crítica por ele formulada, juntamente com Hegler, Sauer e outros teóricos, à teoria do *taibestand* de Beling, no sentido de demonstrar a inviabilidade de um tipo totalmente objetivo e avalorado.

A doutrina de Mezger se destaca pela posição segundo a qual o tipo; “el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos” (Mezger, s.d., p. 366), não representa apenas um indício da antijuridicidade da conduta, sendo o mais importante fundamento para seu conhecimento — “ratio cognoscendi” —, mas é fundamento real e de validez — “ratio essendi” — da mesma, carregando consigo todo o peso da valoração jurídico-penal. Afinal, “el que actúa típicamente actúa também antijuridicamente, en tanto no existe una causa de exclusión del injusto” (Mezger, s.d., p. 375).

Mezger (s.d., p. 386-388) divide os elementos do tipo em objetivos, subjetivos e normativos, tendo em conta, respectivamente, as referências que façam ao mundo exterior (e até mesmo à “vida anímica” de outras pessoas), à “vida anímica” do autor, ou à valoração do que julga. Os elementos típicos objetivos e subjetivos são, ainda, agrupados como elementos descriptivos, em oposição aos “elementos típicos normativos”. Estes, segundo define o Mestre de Munich, são “presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial *valoración* de la situación de hecho.” (MEZGER, s.d., p. 388).

Afirma que tais elementos dos tipos penais são extraordinariamente numerosos, e que, inclusive, deveria conferir razão a Erik Wolf quando afirma que, “en el fondo, *todos* los elementos del tipo tienen carácter normativo; pues todos en absoluto son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente edificados” (WOLF, 1928, t. 1, p. 79, nota 7 apud MEZGER, s.d., p. 388). Mas avverte que convém, por razões “de Derecho público (político)”, destacar, dentro do possível e do modo mais claro, os elementos chamados “descritivos” nos tipos penais, afastando, assim, os juízos valorativos com sua inevitável esfera de indeterminação e subjetivismo (MEZGER, s.d., p. 388-389).

Entre os elementos típicos descritivos e “los puros normativos”, Mezger (s.d., p. 389) identifica certos elementos que denomina “de juizo cognitivo”. Seriam características típicas que exigem do intérprete um juízo baseado em sua experiência de vida e nos conhecimentos que ela proporciona. Assim, por exemplo, o juízo que recairá sobre a “falsidade” ou “verdade” de uma afirmação, no crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342, *caput* do CP), ou

---

exótica procedência de uma determinada cultura. Assim, o que é dignificante para os hindus – exposição simbólica do membro masculino, para nós é uma intolerável immoralidade. Se, no ocidente, elegante é o traje decorado feminino, entre os árabes trata-se de grosseira impudicida.” (MAYER, 1923, p. 26 apud LUNA, 1970, p. 184)

102 “El medio más terminante de que el legislador dispone para desprobar, prohibir y marcar como injusto una determinada acción es sancionar con pena la
quando se trata de determinar se uma conduta é ou não perigosa, nos crimes de perigo comum.

Considera “de pura índole normativa”, aqueles elementos “en los que el Juez ha de captar el verdadero sentido de los mismos” en los delitos de exteriorización” (MEZGER, s.d., p. 390). Assim aconteceria nos delitos contra a honra, em que o juiz tem de valorar o sentido das expressões ou ações, proferidas ou realizadas pelo sujeito ativo, para determinar se constituem ou não uma ofensa à reputação, dignidade ou decoro de alguém. O mesmo ocorreria no crime de ameaça, entre outros (MEZGER, s.d., p.389-390).

Os demais “elementos típicos normativos” são classificados por Mezger de acordo com o tipo de valorização que sua determinação requer. Dividem-se, dessa forma, em elementos normativos de valorização jurídica, de valorização cultural e de valorização quantitativa.

Os elementos normativos de valorização jurídica, “que hallamos atravessando em todas direcções os tipos penais” (MEZGER, s.d., p.389), são aqueles cuja valorização já é consagrada pelo próprio ordenamento, “valoraciones que han tenido efecto en otra parte” (MEZGER, s.d., p. 390-391). Assim, a coisa “alheia”, no crime de furto (art. 155, caput do CP); vários conceitos de Direito Comercial, como “cheque”, “fatura”, “duplicata” e “warrant” (arts. 171, § 2°, VI; 172, caput e 178 do CP); “funcionário público”, nos crimes em que é sujeito ativo (art. 312 e seguintes do CP); “direito autoral” (art.184, caput do CP), entre outros.

---

de la acción yace en la misma ley Penal.” (Mezger, s.d., p. 379)
resultante de uma valoração, que no possível, deve superar as concepções subjetivas do intérprete, para se vincular às valorações dadas pela massa das consciências individuais integrantes de uma comunidade, em um determinado momento histórico. (LUISI, 1987, p.58)

2.4 Um conceito restritivo, por Huerta e Asúa: os elementos do tipo que se ligam ao injusto

Um conceito bem mais restrito de elemento normativo do tipo nos é oferecido por Mariano Jiménz Huerta. Se, por um lado, concorda da posição negativa de Beling quanto à existência dos elementos normativos no conteúdo dos tipos penais, também não compartilha da concepção amplamente admissiva de Mezger.

Segundo Huerta, se tomarmos a posição de Mezger, para quem os elementos típicos normativos são aqueles pressupostos do injusto que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato, teríamos de dar razão tanto a Erik Wolf quanto a Ernst von Beling. Ora, enquanto o primeiro afirma que todo elemento do delito tem caráter normativo, pela inevitável transformação que sofre qualquer conceito ao entrar em contato com a norma jurídica, Beling nega a existência desses elementos, afirmando que os conceitos jurídicos contidos nos tipos penais carecem de essência normativa, apresentando-se simplesmente como matéria de regulamentação. Caberia razão a Wolf, já que toda expressão gramatical guarda em si uma idéia e pressupõe em seu sentido um valor cultural. Mas também Beling estaria correto, já que tais expressões gramaticais, ainda que encarnem idéias e pressuponham um valor cultural, se apresentam sempre como objeto de regulamentação jurídica, e, consequentemente, saber se determinada expressão seria ou não tida como normativa dependeria apenas da maior complexidade, rareza ou especialização do conceito que a mesma encerrasse. E mesmo que isto pressuponha um maior esforço de valoração a ser pelo juiz efetuado, conceitualmente não representa nada diverso das demais valorações que ele normalmente faz para fundar seu conhecimento e juízo.103

Assim, os verdadeiros elementos normativos contidos nos tipos penais “son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan especificamente la antijuricidad de la conducta” (HUERTA, 1972, p. 47).104

Posição análoga quanto à forma de conceber os elementos normativos do tipo encontramos na rica doutrina de Jiménz de Asúa. Para este insigne penalista hispánico, os elementos a que Mezger chama “típicos normativos” não representam mais do que estimativas jurídicas, empírico-culturais, etc. São meramente valorativos e não se vinculam a estricta apreciação normativa (ASÚA, s.d., p. 779). Ainda que obriguem o julgador a realizar um juízo de valor, tais elementos se referem simplesmente, assim com os demais, à situação de fato

104. Ainda segundo Huerta (1972, p. 47-48), concebem no mesmo sentido a existência dos elementos normativos do tipo: Max Ernst Mayer, Hippel, Florian, Grispigni, Maggiore, Bettiol, Manzini, Battaglini, Jiménz de Asúa e Carrancá y Trujillo.
apresentada no tipo, descrevendo-a. Não se vinculam; não se ligam ao injusto.

Son, por tanto, a nuestro juicio, elementos normativos, vinculados a la antijuridicidad, que constan en la descripción típica, y que, como veremos luego, obligan al juez instructor a sobresalir su función propia meramente cognoscitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo. Estos tipos, por asumir naturaleza distinta, y por hacer que el juez de instrucción desvirtúe su genuino papel, han sido llamados por nosotros tipos anormales. (ASÚA, s.d., p. 780).166


166 No mesmo sentido Alfonso Reyes (1956, p. 86-87), para quem “son, pues, normativos aquellos elementos del tipo que requieren una particular valoración de parte del interprete, sin la cual no es posible concretar su ilicitud”. Explica, ademais, que embora tais elementos transcendam o âmbito da pura descrição e estejam estreitamente ligados à antijuridicidad, com ela não se confundem.166 Com base na assertiva de que a antijuridicidad da ação e uma característica do delito, e não do tipo, Mezger nega que a “e característica” expressa pelo advésrio “antijuridicamente”, ou outra de sentido análogo, ainda que contida expressamente na lei penal, pertença ao tipo como um de seus elementos. Para Mezger, essas são apenas indicações feitas ao juiz para que, em tal caso s, examine com especial cuidado se existe uma possível causa de exclusão do injusto. (MEZGER, s.d., p. 371) Tal conclusão é repelida por Asúa, sob o argumento de que, se assim fosse, muito mais motivo teria o legislador para fazer -los figurar na descrição do homicídio do que na da apropriação indébita (considerando este tipo no Cód

Como Huerta (1972, p. 48) entende os tipos como “tipos de antijuricidad o ilicitud”, que “concretizan, delimitan, y acotan una antijuricidad preexistente y hallan en la misma su razón de ser”, pareceria redundante a utilização, na descrição das condutas típicas, de expressões que façam referência direta a sua antijuridicidad. Todavia, Huerta justifica a existência daqueles que, para ele, são os verdadeiros elementos normativos do tipo, afirmando que esses são indispensáveis quando se quer tipificar uma conduta que em regra é ilícita e, apenas por exceção, quando realizada injusta, indevida ou ilicitamente, adquire relevância penal.167

Es algumas vezes espinoso modelar tipicamente uma conduta lesiva para bieens jurídicos, sin hacer concreta referencia a su ilicitud e esto acea sempre que la conduta implica a la mayoría de las veces el desarrollo de un comportamiento que conduce con los ideales valorativos de la comunidad, y sólo excepcionalmente, cuando en ella concurre un determinado elemento normativo, se trasmite en ilícita. (HUERTA, 1972, p. 49)

Assim, por exemplo, a prática de um ato de ofício por um funcionário público, ainda que para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, só irá consubstanciar o delito de prevaricação (art. 319 do CP) se ele o fizer “contra disposição expressa da lei”. Da mesma forma, o funcionário que se utiliza de acesso restrito a sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública não pratica o Penal Argentino), por exemplo, já que naquele as causas de justificação teriam “máxima trascendencia” (ASÚA, s.d., p. 778-779).167 Nesse mesmo sentido, Jair Leonardo Lopes (1996, p. 124) leciona que “algumas ações só adquirem relevância jurídico-penal por sua realização com o elemento normativo. Assim é que, p. ex., a revelação do segredo de que o
crime do art. 325, §1º, II do CP (violação de sigilo funcional) a menos que o faça “indevidamente”.

Já para Astúa (s.d., p. 781) os elementos normativos do tipo decorrem simplesmente da impariência do legislador que, ao invés de contentar-se com a mera descrição objetiva da conduta, utilizando-se das modalidades e referências da ação e seus correspondentes elementos subjetivos, inserem no tipo, antecipadamente, a valoração normativa.

3 ELEMENTOS DA DESCRIÇÃO TÍPICA E A INDEFINIÇÃO DOS TERMOS NAS LINGUAGENS NATURAIS OU ORDINÁRIAS; OS JUÍZOS DE VALOR E O ALCANCE DA NORMA INCriminadora

3.1 O Direito e sua linguagem

Um ponto de grande relevo para melhor compreender os elementos normativos do tipo, como também para uma avaliação crítica da eficácia do princípio da legalidade no que tange a necessária precisão das incriminações - lex certa -, é o estudo da linguagem e sua relação com o Direito. Naturalmente, uma abordagem aprofundada desse tema ocuparia um trabalho inteiro. Seria, por si só, um objeto de estudo inesgotável. Assim, nos limitarremos a alguns apontamentos, que creio poderem levar a uma reflexão mais rica.

O primeiro deles refere-se ao caráter da linguagem jurídica. Segundo Warat (1984, p. 52), o Positivismo Lógico propõe uma tipologia das linguagens, classificando-as em linguagens naturais ou ordinárias e linguagens técnicas e formais, ou de estrutura especificada. A linguagem natural é aquela utilizada na comunicação cotidiana. Caracteriza-se por sua textura aberta, pela ausência de critérios necessários e suficientes que condicionem a aplicação de seus termos, ou, ainda, pela dependência que a significação guarda com relação ao contexto em que tais termos, ou palavras, estão inseridos. A linguagem técnica ou formal, pelo contrário, destaca-se por sua precisão conceitual, por estabelecer, mediante a elucidação da própria linguagem cotidiana, um sentido determinado e unívoco para seus termos. É, assim:

[...] uma linguagem com clara pretensão epistêmica, concretizada através de uma abstrata tentativa de expurgar, no plano da linguagem, os componentes políticos, as representações ideológicas e as incertezas comunicacionais da linguagem natural. [...] Um exemplo dessas linguagens

---

18 O Positivismo Lógico, também conhecido como Filosofia Analítica, Empirismo Contemporâneo, entre outras denominações, é uma corrente linguístico-epistemológica que parte da premissa de que a linguagem não só permite o intercâmbio de informações e conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos. "Nesta ordem de ideias, o Positivismo Lógico realiza o rigor discursivo como paradigma da ciência, ou seja, a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar em termos de linguagem." (WARAT, 1984, p. 37)
formais é a linguagem da lógica e da matemática. (WARAT, 1984, p. 53)

Pois bem, para Carrió (s.d., p. 49), as normas jurídicas, enquanto se dirigem ao povo e às autoridades, subministrando pautas de comportamento, estão compostas de palavras que têm as características próprias das linguagens naturais ou que são compreendidas, definidas, a partir delas. Caso contrário, o direito não realizaria sua função de controle social, já que apenas uma pequena parcela de iniciados poderia compreender suas disposições.109 Do mesmo modo, apesar de toda a resistência da dogmática tradicional em admiti-lo, a linguagem da teoria jurídica é também uma variedade entre as linguagens naturais e não se diferencia da linguagem da lei, sendo apenas falada por diferentes emissores (WARAT, 1984, p. 54-55).

3.2 Ambigüidade e vagueza nas linguagens naturais

Resta-nos agora deter a atenção sobre duas características da estrutura designativa e denotativa das palavras nas linguagens naturais ou ordinárias, às quais a linguagem das leis está submetida de forma insuperável e que são estudados pela Filosofia da Linguagem Ordinária como problemas de ambigüidade e vagueza. Problemas que, “por si só, determinam a impossibilidade de acesso a uma significação plena” (WARAT, 1984, p. 76).

109 “Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo.” (CARRIÓ, s.d., 49)

A ambigüidade ocorre quando para um mesmo termo, palavra, rótulo ou significante, podemos atribuir mais de um significado; mais de um conjunto de propriedades designativas. Tem-se, então, uma indefinição quanto à conotação ou intenção do termo.110

Muitas vezes, como bem observa Carrió (s.d., p. 29), o uso de uma mesma palavra com distintos significados deriva de um puro acidente linguístico. Assim ocorre com o termo “manga”, que, desvinculado de qualquer contexto, pode significar tanto a parte das roupas que cobre os braços, como uma fruta muito comum em nosso país. Esse tipo de ambigüidade denomina-se homonímia. Outras vezes, porém, um termo adquire conotações diferentes, tornando-se ambíguo, pela sua aplicação metaforática. Por tal processo, o termo “pesado” pode significar um qualificativo para uma grande quantidade de ferro, como também para um drama de Nelson Rodrigues. Da mesma maneira falamos de uma personalidade opaca,

110 “As palavras gerais ou termos de classe possuem, também, um significado intencional ou conotativo, quer dizer, elas têm seu significado delimitado pelas propriedades em função das quais se constitui uma classe. A conotação de um termo é, portanto, o conjunto de propriedades que determinam a aplicação de uma mesma palavra a um conjunto de objetos. A conotação do termo livro corresponde a série de características que nos fazem utilizar tal palavra para designar um livro de história e, também, um de filosofia.” (DA CUNHA, 1979, p. 134-135) Ou, “Las notas, características distinguibles, o propriedades de un objeto, en función de las cuales se le puede aplicar el correspondiente término de clase, constituyen su intención o connotación.” (WARAT; VERNEGO, 1975, p. 13) A conotação delimita, assim, o significado do termo. Definir “es explicitar la conotación del término” (WARAT; VERNEGO, 1975, p. 14 -15).
de um escritor obscuro, uma mente brilhante, ou um amor maduro.\textsuperscript{111} A este tipo de ambigüidade dá-se o nome de polissemia.

Já a vaguezA de um termo ocorre quando não é possível determinar os limites precisos de sua aplicação, gerando incerteza quanto à inclusão ou não de determinados exemplares ou objetos “do mundo”, ou daquilo de que se fala, na extensão ou denotação\textsuperscript{112} do termo. Assim, podemos definir a vaguezA como incerteza denotativa.\textsuperscript{113}

A vaguezA ou indefinição pode ser claramente identificada em termos como “gordo”, “calvo” ou “jovem”. Afinal, é impossível estabelecer uma divisão precisa entre gordos e magros, entre jovens e velhos, entre pessoas calvas ou não. Não há critérios linguísticos para isso. Tais termos são chamados “contínuos” (WARAT, 1984, p. 77), pois se referem à situações que são continuamente alteradas no tempo e no espaço, o que impede um corte rigoroso na extensão (denotação) deles.\textsuperscript{114} Não se trata de encontrar uma resposta, quanto a sua aplicação ou não, mediante um conhecimento mais profundo e rigoroso do objeto. É que, como sentencia Alston (1972, p 129), não há resposta possível. Ainda que saibamos perfeitamente o que significa ser “calvo” ou ser “jovem”, é inútil perguntar até que idade alguém é considerado jovem, como também não existe um “calômetro” capaz de decidir quantos cabelos deve um homem perder para ser chamado “calvô”. Tudo o que podemos dizer, adaptando um exemplo dado por Carriô (s.d., p. 32), é que o Marco Maciel é calvô e que a Gal Costa definitivamente não é. Porém, entre um caso típico de aplicação do termo e outro claramente impróprio, temos uma zona mais ou menos extensa de casos possíveis, frente aos quais não sabemos ao certo o que fazer.

Existe, ainda, uma outra causa de vaguezA, já que nem todas as palavras vagas o são da mesma maneira. Ocorre que o uso dos termos nas linguagens naturais está determinado por critérios implícitos – regras de uso – estabelecidos a partir das características que os fato, fenômenos ou objetos possuem, sem que fique claro se tais critérios consideram só algumas ou todas essas características necessárias e/ou suficientes para a correta aplicação de um termo. O problema surge, então, quando estamos diante de um caso atípico, que não possui alguma ou algumas das características ou propriedades referenciais

\textsuperscript{111} Assim Drummond, em “Oficina irritada”: “Eu quero compor um soneto duro / como poeta algum ousam escrever / Eu quero pintar um soneto escuro, / seco, abafado, difícil de ler [..]” (ANDRADE, 1993, p. 42)

\textsuperscript{112} “O significado referencial ou a denotação de um termo seria o conjunto de objetos aos quais se aplica uma mesma palavra.” (DA CUNHA, 1979, p. 134)

Assim, por exemplo, tomemos este excerto da obra de Chico Buarque: “é quero - quero/ o tico-tico / manum, pardal, chapim / xô cotovia, xô ave fria, xô pescador matin / some rolinha, anda andorinha, te esconde bem - te-vi / vov bico, vov sanhaço, vai juriti / bico ca lado, muito cuidado, que homem vem aí [..]” (Holanda, 1976, lado 2, faixa 3). Nele o poeta faz constar uma rica parte da denotação ou extensão da palavra “pássaro”.

\textsuperscript{113} Warat (1984, p. 76) esclarece: “Na prática, os crítérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade de casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação.”

\textsuperscript{114} Tomemos o exemplo dado por Alston (1972, p. 129) sobre expressão “meia idade”. É fácil afirmar que aos 5 ou aos 80 anos de idade uma pessoa não pode ser considerada “de meia idade”. Mas o que diríamos de uma pessoa de 39, 41, ou mesmo 60 anos?
dos objetos daquela classe, ou possui alguma ou algumas que as
eextrapole, de caráter insolito. Nestas ocasiões, a aplicação de um
termo dependerá de uma decisão auxiliar, de um critério adicional que
indique a nota mais relevante, o critério de maior peso para a
determinação da extensão (denotação) do mesmo.\footnote{WARAT, Luiz Alberto; VERNEGO, Roberto José. El significado de los
términos generales y sus problemas. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho e
Ciencias Sociales, 1975. p. 20.}

Tal ocorre quando da aplicação do termo “palhaço” ao Chaplin,
que dependerá do valor ou peso que se atribua ao fato desse artista ser
cômico. Afinal, apesar de fazer rir, Chaplin não tinha o nariz
vermelho, não usava roupas coloridas, nem tão pouco trabalhava no
circo.

Este tipo de vagueza não pode ser evitado e está presente, ao
menos potencialmente, em todas as palavras que usamos para
expressar a realidade, já que nenhuma linguagem pode prever o
surgimento de situações ou objetos inéditos. A possibilidade de
incorporar à denotação do termo essas situações inéditas foi por
Waismann estudada como “textura aberta da linguagem” (CARRIÓ,
s.d., p. 35; WARAT, 1984, p. 77).

Sobre o uso das palavras nas linguagens naturais ou ordinárias, e
sobre a sua “vagueza potencial” (Carrió, s.d., p. 35), de que falamos,
vale esta excelente metáfora:

Hay un foco de intensidad lumínosa donde se agrupan los
ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que
la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad
circundante donde caen todos los casos en los que no se duda
que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre

la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de
penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no
empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe.
Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo
en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa
imprecisa aura de imprecisión. (CARRIÓ, s.d., p. 33-34)

3.3 A ambigüidade e a vagueza dos termos na lei penal

A linguagem da Lei, como salientamos anteriormente, ainda que
comprometida com o dogma da segurança e da certeza no direito, em
especial no que diz respeito ao direito punitivo\footnote{“Os juristas sustentam o caráter fechado da linguagem leg al, sobretudo no
caso das normas penais, baseadas no postulado da reserva legal, que funciona
como um princípio para a plenitude hermética do direito. A necessidade da
afirmação do caráter fechado do sistema jurídico é tão forte que na própria lei
e nas diferentes doutrinas do direito explicitam-se regras para clausurar o
sistema, quando a linguagem da lei for insuficiente para para a solução dos
 conflitos surgidos. Esta é a função essencial do princípio da reserva legal.
Contudo, tais exigências de totalidade não deixam de ser uma
representação ideológica apresentada sob pretenções lógicas. [...] No entanto,
ão é preciso apelar aos argumentos marxistas para demonstrar o anteriormente
dito. O próprio Positivismo Lógico encarregou-se de desvendar o mito liberal da
plenitude hermética do direito quando explicitou que a linguagem da lei não
deixa de ser uma variedade da linguagem natural.” (WARAT, 1984, p. 54)}

devolve-se sobre
o pano de fundo da linguagem natural ou ordinária, não deixando de
estar a ele atrelada, de forma inexorável.

Consequentemente, podemos identificar, no próprio conteúdo
dos tipos penais, a presença constante de incertezas quanto à
significação de seus elementos, caracterizadas pela ambigüidade e
vagueza das palavras utilizadas.
Retornamos, então, ao tema da ambiguidade, para falarmos de um terceiro tipo, além da homonímia e da polissemia, que exerce uma importante função na linguagem jurídica e interessa especialmente à investigação sobre os elementos normativos do tipo: a ambiguidade por anfibologia. Warat (1984, p. 78) ensina que uma palavra ou grupo de signos é anfibológico quando “contém um alto grau de incerteza ao nível de sua significação de base, o que permite uma relativa multiplicidade de campos denotativos aos quais pode ser aplicado”. Isso ocorre, como salienta Cardoso da Cunha (1979, p. 82, nota 14), quando se utilizam expressões “semanicamente anêmicas”, cujas características conotativas dependerão exclusivamente da intenção do usuário. Tais expressões funcionam como uma variável matemática - um x ou y - que pode ser semanticamente saturada em diferentes contextos, de acordo com os valores, emoções, propósitos ou intenções do protagonista do ato locucional (WARAT, s.d., p. 59).

Como exemplos de expressões semaneticamente anêmicas, causadoras de anfibologia semântica, na lei penal, temos as célebres: “mulher honesta”, “ato obsceno” e “pessoa viciosa ou de má vida”, para cujas significações alcançar, o intérprete tem, obrigatoriamente, que se remeter às normas ético-sociais vigentes no contexto em que a lei é aplicada. Desse modo:

La anfibologia normativa permite em cada ordenamento jurídico uma apertura significativa nada desejável. A norma como el oráculo deve ter sempre uma total apariência de infalibilidade para permitir a introdução de novos elementos como critérios de valor al derecho positivo, sin alterar su expresión lingüística. Ello permite la solución no conflicto de situaciones legislativamente no previstas, que resulta fructífera si es compensada con una fuerte valoración comunitariamente compartida. (WARAT, s.d., p. 60)


117 "Las palabras con anemia semántica tienen en la definición persuasiva un enorme valor. Ellas carecen de contenido descriptivo y pueden ser fácilmente completadas por frívolas contenidos axiológicos." (WARAT, s.d., p. 85)
118 "Las situaciones limitativas de la potencialidad redefinitoria son las expresiones semaneticamente anemicas, términos tales, como 'abuso deshonesto', 'exhibición obscura', 'mujer honesta', etc., que si bien cuentan con una connotación referencial, ésta es insuficiente y difusa a tal punto que se diluye en una pura significación valorativa y subjetiva, ficticiamente fundida en una aparente connotación descriptiva." (WARAT, s.d., p. 178)
possamos chamá-lo de “iminent”? Até que preço de mercado, terá uma coisa de “pequeno valor”? Qual deve ser a magnitude, a grandeza mínima, de uma perda, para que possamos a ela referir-nos como um “prejuízo considerável”? E, ainda, tão elevado deve ser o grau de sofrimento para que o consideremos “intenso”?

Mas, além dessa vagueda atual, própria dos termos contínuos, as demais palavras utilizadas na lei não podem fugir à sua vagueda potencial, que caracteriza a textura aberta das linguagens naturais ou ordinárias. Esta, como já aventado outrora, revela-se sempre que, ao examinar uma conduta ou um fato, nos deparamos com casos atípicos, que pertencem àquela zona de penumbra, de incerteza denotativa. Tais casos, ou elementos da realidade, por não possuírem algumas das propriedades elencadas na conotação referencial de um termo legal, ou trazerem consigo uma propriedade nova, geram sérias dúvidas sobre a possibilidade ou retenção da aplicação daquele termo, isto é, sobre a pertinência do objeto (elemento atípico do caso concreto) ao campo denotativo do termo, ou palavra.

Assim, poderíamos afirmar que um médico, ao destruir um óvulo inutilmente fecundado em um procedimento de inseminação artificial, está matando “alguém” (art. 121, caput do CP)? E o que dizer de um homem que constrange um transexual à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça? Seria atípica, sua conduta, ou poderíamos incluir este peculiar sujeito passivo na denotação do termo mulher, adequando o fato ao tipo do estupro (art. 213 do CP)? Uma mulher que já tivesse vivenciado toda sorte de experiência sexual exceto o coito vagínico, poderia ser tida como “virgem” para tipificação do crime de sedução (art. 217 do CP)? E uma outra mulher que, embora já tenha se dado aos prazeres da conjunção carnal, não tiver seu hímen rompido? O açúcar poderia ser considerado veneno, qualificando o homicídio (art. 121, §2o, III), se for ministrado a um diabético? Será, ainda, que poderíamos qualificar o furto, no qual o agente utilizou um cartão magnético de sua própria lavra para entrar no local onde estaria a coisa, por emprego de “chave falsa”?

3.4 Elementos da descrição típica e juízo de valor

As regras de uso dos termos não oferecem, por si só, resposta a nenhuma dessas perguntas. Diante de uma realidade situada naquele zona de incerteza denotativa, quando não se trata de um caso de indiscutível inadequação, ou de clara aplicação de um determinado termo legal, ainda que o intérprete esgote todos os métodos cognitivos ao seu dispor, não terá encontrado parâmetros suficientes para balizar uma resposta definitiva.

Então a afirmação de que a existência de material genético único e próprio em uma célula totipotente é critério suficiente para que a consideremos alguém; que o indivíduo transexual pode, porque passou por uma cirurgia para mudança de sexo e pela sua identidade psíquica feminina, ser propriamente chamado de mulher; que a

---

119 Se tomarmos a definição dada por Hungria (1942, p. 31 -34), para quem o sujeito passivo do crime de homicídio é “o ser vivo nascido de mulher”, ou “o ser humano com vida”, certamente a resposta seria negativa.
inexperiência da conjunção carnal, ou a simples presença do hímen, são propriedades suficientes ou necessárias para caracterizar a virgindade; que o açúcar ministrado a um diabético será tido como veneno pelo fato de leva-lo à morte, ainda que não o façam de modo doloroso ou cruel e ainda que seja inofensivo para a imensa maioria das pessoas; que um cartão magnético é uma espécie de chave tão somente por ser usado para abrir portas, dependerá, inevitavelmente, de uma decisão do intérprete. Este, por sua vez, não tem mais no que se apoiar senão na importância, na relevância que se atribua a determinadas características do objeto ou do caso concreto em exame. Ou seja, num juízo de valor. O mesmo que se faz indispensável quando da aplicação dos termos contínuos, tal como os citados acima.

Tratando-se dos elementos do tipo penal, tal juízo, para não ser arbitrário (e não tem de sê-lo), irá pautar-se justamente no interesse, no bem jurídico que se busca proteger tipificando determinada conduta, procedimento que a doutrina já legitimou sob a alcunha de “interpretação teleológica”.

Neste ponto de nossa reflexão cabe um curioso retorno à obra de Beling, para mostrar que esse celebre autor, não obstante seu Tatbestand objetivo e meramente descritivo, já admite que a interpretação de determinados termos presentes no delito-tipo é condicionada à resposta que se dê sobre que “tipo de ilicitude” teria em vista o legislador na elaboração daquele preceito. Assim:

[...] en todo caso el jurista debe preguntar-se en qué sentido ha entendido el legislador el concepto que en un precepto jurídico aparece como objeto regulado. Lo que significan “perro”, “ferrocarril”, “veneno” en el sentido de un precepto, no pueden contestarlo definitivamente ni el zoólogo, ni el técnico de ferrocarriles, ni el químico; es el jurista el que debe examinar si el legislador tenía o no presente, y en qué medida, una representación concordante o distinta. Também se requere, pues, para aclarar el contenido de los delito-tipos, penetrar intuitivamente en los tipos de ilicidad. (BELING, La doctrina..., p. 16)

Ora, considerando a posição de Mezger (s.d., p. 388), de que os “elementos típicos normativos” são pressupostos do injusto típico que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato, bem como essas linhas sobre a “textura aberta da linguagem”, percebemos que não teria mesmo, este tão eminente Mestre, como se furtar à posição de Wolf, para quem todos os elementos do tipo são normativos, por que valorativa e teleologicamente determinados.

Ainda assim, Mezger (s.d., 388-389) pondera ser necessário, “por razones de Derecho público (político)”, destacar, dentro do possível, os elementos descritivos nos tipos penais, visando rechaçar, em tais casos, qualquer juízo valorativo com sua perigosa sequela de indeterminação. Entretanto, como podemos concluir de todo o exposto, e com amparo nas considerações não só de Wolf, como também de Jiménez Huerta, não há como diferenciar os elementos descritivos dos elementos normativos do tipo, afirmando que a determinação dos primeiros ocorre independentemente de qualquer juízo de valor sobre a situação de fato. Afinal, se a linguagem jurídica é uma especialização da linguagem natural ou ordinária e possui uma textura aberta, caracterizada pela vaguez ou incerteza denotativa
potencial de seus termos que, diante de um caso inédito, atípico ou insólito, só se resolve com uma decisão auxiliar do intérprete, por meio de critérios adicionais orientados por um valor, o limite entre os elementos normativos e descritivos do tipo restaria tão fluido que só se poderia distinguí-los diante de um caso concreto, localizado num determinado tempo e lugar. Nesse sentido, Tavares (2002, p. 231-232):

Na verdade, a doutrina tem hesitado em admitir a existência de elementos puramente descritivos por que entende que, no fundo, todas as expressões usadas nos tipos comportam uma interpretação, mesmo aquelas mais elementares. Assim, no homicídio, no qual ninguém duvida do que seja uma pessoa viva, que caracteriza o conceito de “alguém”, diante de sua própria característica e dos progressos da medicina, não existe certeza na decisão de afirmar a partir de que momento se pode considerá-la já como pessoa e não apenas como feto ou até que momento se pode dizer que ainda estará viva ou já morrerá. O mesmo ocorre com a ação de “subtrair”, no furto, em que o significado original no sentido de “tirar” foi substituído, pela via da interpretação, por um ato mais complexo, de “romper a posse” ou violar “o poder de disposição e vigilância de alguém” sobre a coisa.129

Ocorre que a doutrina penal, zelosa no desenvolvimento da teoria do tipo como “precipitado técnico do princípio da legalidade”, como descrição certa e determinada das condutas incriminadas, ao reconhecer que nem sempre é possível encerrar em esquemas puramente objetivos (neutros) a estrutura de uma conduta humana, deparando-se com elementos cuja verificação demandaria, obviamente, um juízo de valor, deu-lhes a alcunha de “elementos normativos do tipo”. Deste modo, isolando-os dos demais (ditos “descritivos”), como os únicos que demandariam um juízo de valor do intérprete, a doutrina tentava, artificialmente, assim como quem separa as maçãs podres das demais, delimitar as imprecisões e aberturas valorativas contidas na lei penal. A esse respeito, e de maneira incisiva, sentencia Cardoso da Cunha (1979, p. 64):

[...], é, também, visivelmente arbitrária a distinção feita pelo pensamento dogmático entre elementos descritivos e normativos, com o fim de situar apenas estes últimos como objeto do juízo valorativo do juiz. Tal distinção, já desacreditada por muitos autores dogmáticos, desqualifica a circunstância de que nenhum elemento do tipo pode ser cognoscível pela simples verificação sensorial. Mesmo expressões como homem, casa, membro, etc. apontam a objetos que reclamam um juízo histórico e valorativo para serem identificados como tal.

A constatação de que qualquer elemento empregado no tipo penal poderá ter sua interpretação condicionada por um juízo de valor, tendo em vista o interesse protegido pela norma proibitiva ou mandamental em que se insere, todavia, não leva necessariamente a afirmar, como Wolf, que todos eles são normativos. Afinal, a isso equivaleria concluir que os elementos normativos do tipo simplesmente não existem como classe. E tal tese, embora tentadora, não chega a nos convencer.

Por outro lado, também não nos interessa limitar os elementos normativos do tipo apenas àqueles elementos que ressaltam especificamente a ilicitude da conduta. Tal assertiva, em que pese ser defendida por iminentes penalistas, implica numa redução infrutífera

129 Ou, ainda, na lição de Maurach: “la distinción, como lo ha demostrado suficientemente la prática, es de un valor sólo condicionado. Los llamados elementos descriptivos del tipo también precisan, en verdad, de fijación e interpretación.” (MAURACH, 1994, p. 366, nota 56)
do tema, especialmente quando nos propomos a estudá-los com vistas ao problema da certeza e determinação dos tipos penais.

Afinal, é inolvidável a existência, nos diversos tipos, ou modelos de conduta incriminada, de elementos que se diferenciam, não por que sua interpretação seja condicionada por um juízo de valor, mas por que suas propriedades definitórias não se limitam nem se esgotam, como as dos demais, em referências ou juízos sobre o que pode ser apreendido pelos sentidos, percebido na realidade. Tais elementos, por sua vez, podem ser identificados exercendo várias outras funções no tipo, que não apenas a de ressaltar o caráter ilícito da conduta.

Assim, por exemplo, encontramos-lhes a determinar o sujeito passivo (“mulher honesta”, no art. 215, caput do CP), o objeto material (“coisa alheia”, no art. 155, caput, ou “coisa tombada pela autoridade competente”, no art. 165, todos do CP), o sujeito ativo (“funcionário público”, nos crimes do Título XI, Capítulo I do CP), a circunância de tempo (“no prazo e na forma legal”, no art. 168 A), ou até mesmo a própria ação (“praticar ato obsceno”, no art. 233, ou “cometer adultério”, no art. 240, caput, todos do CP)

4 ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO; CONCEITO ADOTADO

4.1 Critério diferenciador; uma proposta

Um critério capaz de diferenciar os elementos normativos presentes nos tipos penais nos é fornecido por Karl Engisch ao afirmar que os elementos normativos do tipo apontam “a hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma” (apud JESCHECK, s.d., p. 365). Entendidos dessa maneira, o estudo dos elementos normativos do tipo ganha nova vida e sentido. Não se trata mais da atitude, um tanto ingênua, de tentar identificar os termos mais vagos da lei penal, ou que exigem do intérprete uma evidente apreciação valorativa, mas de identificar elementos com uma significação peculiar, que deriva dos tipos de relações jurídicas ou sociais abarcadas de alguma forma pela tutela penal.

Possivelmente, sua nota distintiva preponderante em relação aos demais elementos do tipo é que os elementos normativos referem-se a realidades criadas pela cultura, e que só por intermédio dela podem ser percebidos e compreendidos. As propriedades designativas desses elementos, desses pressupostos normativos do injusto, não estão na natureza, não brotam da terra, não têm massa, volume, nem obedecem a nenhuma lei da física, mas são o reflexo do espírito humano sobre a realidade a que lei se dirige, da capacidade humana de transcender a existência ordinária ou natural das coisas valorando-as com base em normas, jurídicas ou não.

Ora, sob esse enfoque, os elementos normativos do tipo não são todos os que só podem ser determinados mediante um juízo de valor, como queria Mezger, nem apenas os que, por estarem carregados de

121 ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht,
desvalor jurídico, ressalta especificamente a antijuridicidade da conduta, como concluiu Huerta, mas aqueles vocábulos ou expressões presentes nos modelos de conduta proibida cuja definição dá-se em função de uma ou mais normas; cujo significado é normativo.\textsuperscript{122} Ou ainda, os elementos da conduta proibida que só podem ser concebidos sob o pressuposto lógico de uma ou de um conjunto de normas, que integram a sua definição, lhes conferindo significado e valor.\textsuperscript{123}

---

\textsuperscript{122} No mesmo sentido, Reale Jr. (2000, p. 50) observa que: “os elementos normativos constituem elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo ao fato concreto [...] completam o quadro da ação considerada delituosa, sendo, ao lado dos elementos objetivos e subjetivos, um índice revelador do valor tu telado”.

\textsuperscript{123} Dizer que os elementos normativos do tipo têm a peculiaridade de conter, em sua definição, referência necessária a uma, ou a um conjunto de normas, não é o mesmo que afirmar que são, simplesmente, aqueles definidos em alguma norma. Se assim fosse, termos como “casa”, definido nos parágrafos 4º e 5º do art. 150 do CP, ou “estrada de ferro”, igualmente definido no art. 260, §3º do CP, representariam exemplos claros de elementos normativos. No entanto, são elementos da descrição típica como quaisquer outros, mas que, extraordinariamente, estão definidos pela própria lei, de acordo com as finalidades da norma, a fim de evitar, em tais casos, e na medida do possível, a oscilação semântica típica das linguagens ordinárias. Em casos como esses, o legislador simplesmente positiva as regras de uso daqueles termos, partindo de certas características ou propriedades relevantes, estabelecendo, assim, limites denotativos muitas vezes diversos dos que se verifica em seu uso corrente, apenas para efeito da aplicação da lei. Assim, embora o significado de termos como “casa” ou “estrada de ferro”, para fins penais, esteja definido em normas de direito vigentes, essas definições não se utilizam, ou não fazem referência, a nenhuma outra norma, jurídica ou extra jurídica, mas somente às propriedades do objeto que podem ser reconhecidas por meio dos sentidos (de acordo com o art. 150, §4º do CP), “a expressão casa compreende: I – qualquer compartimento habitado; II – aposento ocupado de habitação coletiva; III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. Já pelo art. 260, §3º, “[...] entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulam veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo”). Não se dirá o mesmo de termos como “cheque”, “warrant”, ou “funcionário público”. Estes, diferentemente de uma casa ou de uma estrada de ferro, são criações da lei e dela recebem sua essência. Seu significado não é simplesmente modelado ou “encurralado” pela lei, mas dela decorre; não sendo possível, portanto, concebê-los prescindindo de uma norma jurídica.

\textsuperscript{124} Assim também Bacigalupo (1974, p. 39-40), para quem “La honestidad de la mujer, la obscenidad de la publicación, que no son elementos que puedan...
Os demais elementos da descrição típica, ao contrário, são susceptíveis de uma constatação fática. Ainda que a apreensão de seu exato conteúdo, a decisão a respeito de sua aplicação, ou sua verificação num caso concreto, requeiram um juízo de valor; ainda que, por estarem inseridos na lei, sua interpretação esteja condicionada pelas demais normas do ordenamento jurídico, tais elementos não perdem, como diria Jescheck (s.d., p. 365), “seu conteúdo de realidade”.

5 CLASSIFICAÇÃO

Os elementos normativos do tipo podem ser classificados de várias maneiras, conforme o ponto de vista que se adote para estudá-los. Semanticamente, isto é: com vistas ao seu conteúdo significativo os elementos normativos do tipo dividem-se em dois grandes grupos, conforme exijam do intérprete ou aplicador do direito que recorra a normas jurídicas ou extrajurídicas (culturais, sociais, éticas...), tanto para compreendi-los abstratamente, como para percebê-los num caso concreto. Teremos, assim, os elementos normativos de conteúdo jurídico e os elementos normativos de conteúdo extrajurídico.


125 Mal injusto, na lição de Hungria, é aquele praticado sem jure ou sem o apoio legal. (Hungria, 1945, v. 6, p. 171)
pignoratícia" (art.171, inc. III), "cheque" (art.171, inc. VI), "duplicata" (art.172, caput), "conhecimento de depósito" ou "warrant" (art.178), "erro essencial"127, "impedimento"128 (art.236, caput), "legitimamente" (art.248), "sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites" (art.282, caput), "formalidade legal" (art.306, parágrafo único), "informação oficial" (art.311, §2º), "funcionário público" (art.312, caput)129, "vantagem indevida" (art.316, caput), "ato de ofício" e "dever funcional" (art.317, §1º), "mercadoria proibida" (art.334, §1º) e "ilegalmente" (art.350, inc.I).

 Já entre os elementos normativos de conteúdo extrajurídico, estes em número bem reduzido em relação aos demais, no mesmo diploma temos: "motivo torpe" (art.121 §2º, I)130, "desonra própria" (art.134, caput), "de forma reprovável" (art.140 §1º, I)131, "mulher honesta" (art.215, caput)132, "corromper" (art.218), "ato obsceno"133 (art.233), "adultério" (art.240, caput)134, "motivo de reconhecida de mais nada, infringe ou não está protegida pelas normas éticas, morais ou de convivência social.

127 Erros essenciais quanto à pessoas são aqueles previstos no art. 219 do Código Civil de 1916 e no art. 1557 do Novo Código Civil. Entre eles, no inciso I do art. 1557 do novo diploma, destacamos o erro a respeito da "honra" e "boa fama" do outro cônjuge.


129 Elemento normativo de conteúdo jurídico, cuja definição, para efeito de incidência das normas penais, está contida no art. 327 do CP.

130 Para Hungria (1945, v. 6, p. 140) "Torpe é o motivo que mais vivamente oferece a moralidade média ou o sentimento ético social comum. É o motivo abjetivo, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extremo vilíssimo ou imoralidade". Ou, segundo Regis Prado, "motivo torpe é o motivo abjetivo, indigno e desprezível, que repugna ao mais elementar sentimento ético" (PRADO, 2000, v. 2, p. 46)

131 O conteúdo cultural deste termo fica muito claro nos comentários de Hungria (1945, v. 6, p. 940), quando ele acrescenta, entre parênteses, que a conduta "reprovável" pode ser antijurídica ou não, criminosã ou não, intencional ou culposa. Assim, reprovável, no art.140 §1º, inc. I, será aquela conduta que, antes...
nobreza” (art.242, parágrafo único), “perigo moral” (art.245, §2º), “casa mal afamada”, “pessoa viciosa ou de má vida” e “espéculculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor” (art.247, inc. I e II).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


FRAGOSO, Héleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial. [s.l.][s.n.], 1965. Vol. III.


---. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945. v. 6


MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Traducción de la 2ª edición original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, [s.d.].


