

TIPO

LUIZ ALBERTO MACHADO

Professor de Direito Penal na Faculdade
de Direito da Universidade Federal do
Paraná

I EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora alguns autores pretendam ligar historicamente o conceito de tipo às doze tábuas da lei que Deus entregou a Moisés, não se pode negar que, aí, se encontra muito mais o princípio da legalidade do que, realmente, a moderna visão que se dá àquele elemento.

Em verdade, foi apenas em 1906, com BELING, que o conceito de tipo adquiriu foros de cidadania penal, desvinculando-se do brocardo **nullum crimen sine lege**, formulado por FEUERBACH. Examinando o **tatbestand** do direito alemão, BELING entendeu que a ação — aqui incluído também o conceito de omissão — deveria compor o molde legal para possibilitar a existência de um crime.

Nesta sua primeira visão do tipo, BELING o viu apenas descritivo, absolutamente isento de todo e qualquer elemento que não fosse objetivo. Expurgava, assim, os hoje aceitos elementos outros que não descrevem objetivamente a conduta. Mas esse **tipo** de BELING, incrivelmente puro, fechava-se em seu conceito de forma estanque, não permitindo ligações mais íntimas com os outros elementos do crime, não satisfazendo, de consequência, às reais necessidades do direito penal.

Apenas em 1915 MAYER, partindo do conceito de BELING, admitiu a inclusão, no tipo, de elementos não apenas descritivos e objetivos, concluindo que, além do mais, tinha uma função **indiciadora, da antijuridicidade**. Se o tipo, quando completado pela ação humana, denuncia a infração ao preceito, sendo, portanto, anti-normativo, evidentemente traduz a **ratio cognoscendi** da antijuridicidade.

Em 1930 dois fatores contribuíram para a evolução do conceito do tipo. Um, decorrente do próprio BELING, aceitando essa função indiciadora da antijuridicidade e evoluindo da sua conceituação inicial, embora não concordando com a intromissão de fatores não objetivamente descritivos. Outro, de MEZGER, afirmando que o tipo não é indicio, mas a própria **essência** da antijuridicidade (**ratio essendi**).

II ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

Para expender essa opinião MEZGER partiu da sua conceituação analítica do crime — ação tipicamente antijurídica e culpável. Para ele, a antijuridicidade, ao invés de ser um conceito unitário em todo o mundo jurídico, era um conceito jurídico-penal. Neste passo, só haveria tipo se, antes, a ação fosse antijurídica. Indagada a existência da antijuridicidade e recebida uma resposta afirmativa, perguntar-se-ia da ocorrência, só então, da tipicidade.

Logicamente, a causa que excluísse a antijuridicidade seria **negatória** do tipo. Assim, toda causa de exclusão da antijuridicidade se constituiria em **elemento negativo do tipo**.

A aceitar-se, **tout court**, essa conceituação de **MEZGER**, estar-se-ia, como bem acentua MAURACH, num círculo vicioso: indagar-se-ia da antijuridicidade para ver-se, depois, a existência da tipicidade; e indagar-se-ia da tipicidade para ver-se a existência da antijuridicidade.

III CONCEITO

O tipo é, em verdade, para usar-se a conceituação de BELING, a **imagem retora (leitbild)** à qual se deve ajustar o fato para poder se constituir em crime. Já a tipicidade é a carga de adequação ao tipo que o fato carrega.

Não se deve confundir **tipicidade** e **legalidade**. Como bem afirma Welzel, é possível atender-se ao princípio da reserva legal substituindo-se a parte especial dos códigos penais por um conceito material de crime ou pelo Decálogo de Moisés, sem que se possa falar em atendimento ao princípio da tipicidade.

Conseqüentemente, não vale a reação dos autores italianos contra o conceito de tipicidade, afirmando-o mero corolário da reserva legal. Veja-se, por todos, BETTIOL. Entre os autores nacionais que perfilham essa posição pode-se citar EVERARDO LUNA e RAUL CHAVES.

IV O TIPO EM SI MESMO

O núcleo do conceito de tipo é o verbo, geralmente transitivo, ensina GRISPIGNI. Cita, como exceção, a auto-mutilação para escapar ao serviço militar, do Código Penal Militar.

Realmente, o tipo é elaborado em torno do verbo, que traduz a ação (ainda aqui em sentido amplo, sinônimo de **conduta**, compreendendo a ação **stricto sensu** e a omissão). Ao verbo agregam-se outros elementos, aperfeiçoando-se o **molde legal**. Por exemplo, no crime de homicídio, matar alguém.

V ELEMENTOS DO TIPO

Esses elementos que BELING queria apenas objetivos e descritivos, podem ser vários:

1. elementos descritivos, constatáveis objetiva e faticamente. Ainda serve de exemplo o crime de homicídio: matar alguém. Verbo mais descrição do fato;

2. elementos modais. São circunstâncias de tempo ou lugar ou especiais qualificações do sujeito ativo e do sujeito passivo. Exemplo de circunstância de tempo, o **repouso noturno** do § 1.º do artigo 155. Exemplo de circunstância de lugar, as qualificações do crime de incêndio (art. 250, n.º II). Exemplo de elemento modal quanto ao sujeito ativo, tem-se nos crimes especiais ou próprios, como o infanticídio em que sempre o agente deve ser a mãe; nos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios ou impuros, nos quais o agente só pode ser quem detenha o **dever de garantia** do bem jurídico, de que fala MAURACH. Aliás, todo delito omissivo impróprio é, por isso, crime especial ou próprio. Exemplo de elemento modal quanto ao sujeito passivo tem-se no crime de rapto, em que a mulher deve ser honesta; no crime de sedução, em que deve ser virgem, inexperiente e maior de 14 e menor de 18 anos;

3. elementos normativos, quer sejam jurídicos, quer sejam extra-jurídicos ou impróprios. Os elementos normativos jurídicos ou próprios podem ser o conceito de funcionário público, de documento. O primeiro é um elemento normativo jurídico-penal; o segundo, extra-penal (C. Penal de 1940). Esta distinção é importante em relação ao erro de fato e erro de direito. São elementos normativos extra-jurídicos ou impróprios o estado puerperal (art. 123), mulher honesta (art. 216), ato obsceno (art. 233). Na conceituação desses elementos **normativos extra-jurídicos**, como bem acentua MAURACH, o costume, originariamente fonte de conhecimento mediato da lei penal, tem grande relevância;

4. finalmente, os elementos subjetivos, que compõem a chamada tipicidade subjetiva ou dolo específico de alguns autores, modernamente elementos subjetivos do injusto (o injusto típico aqui compreendendo a tipicidade e a antijuridicidade dentro do âmbito do direito penal). São as intenções, motivos e tendências de que falam WELZEL e MAURACH. Exemplo de **intenção** está na alocação **para si ou para outrem** do furto (art. 155); de **motivo**, a qualificativa do motivo fútil do homicídio (art. 121, § 2.º, II) e as dos incisos I e V do mesmo artigo; de **tendência**, a qualificativa da **tortura** (art. 121, § 2.º, III), bem como, para MARQUES e BRUNO, a reincidência e a periculosidade em geral.

VI FORMAS DO TIPO

Pode-se afirmar que o exposto até o momento configura a teoria dominante ou tradicional do tipo. Sua construção, os elementos integrantes, sua função **indiciadora** da antijuridicidade ou, preferencialmente, **seletora** das condutas antijurídicas que interessam ao direito penal sancionar, traduzem, hoje, um conceito ortodoxo.

Esta visão do tipo como **seletor** de condutas antijurídicas, está em consonância com o ensinamento de SOLER. Diz o mestre argentino que o Direito procura, por suas sanções, antes **repor**, devolver a coisa em perdas e danos que a compensem. Só depois, quando não coisa em perdas e danos que a compensem. Só depois, quando não for possível repor ou reparar, vem o direito penal **retribuir**.

Ora, essa inicial função retributiva está em que o direito penal não se restringe a desvalorar resultados, mas também ações. Embora menos danoso patrimonialmente um furto de Cr\$ 50,00 do que o não pagamento de uma dívida de Cr\$ 1.000.000,00, no furto está um **desvalor: de ação**, ao lado do **desvalor do resultado**, diminuição patrimonial.

Porém, se essa construção de tipo satisfaz às chamadas — por WELZEL e MAURACH dentre outros — **teorias causais da ação** — naturalista e normativa, esta nas subdivisões social e jurídica — não serve para a teoria finalista.

Para a teoria finalista, a vontade que a ação porta é uma vontade final. Segundo WELZEL, ao praticar a ação o agente escolhe o fim, elege os meios e tem consciência dos resultados concomitantes prováveis. Mas a vontade, mais do que a voluntariedade das teorias causais, é vazia de conteúdo. Este deve ser examinado em outro local. Sendo, a ação final, mera vontade exteriorizada para o alcance de um fim, o conteúdo da vontade está na **tipicidade**. Esta, em conjunto com a ação, porta esse conteúdo da vontade.

Ora, conteúdo de vontade é, nada mais, nada menos, do que **dolo**. Esta dolo dos finalistas é um dolo inodoro para o direito penal; um dolo não valorado. Apenas um dolo voltado para a realização íntegral do tipo, através da realização da ação. Consequentemente, para os adeptos da teoria final da ação, o tipo não é um tipo plano, de duas dimensões, mas plástico, ou, como gostosamente o chama MAURACH, um **tipo pluridimensional**: o tipo se compõe de dois — o tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Regra geral, o **tipo objetivo** porta os elementos descritivos, modais e normativos, e o **tipo subjetivo**, além do dolo, também os elementos subjetivos do injusto (tendência, motivo, intenção).

Normalmente o tipo subjetivo está inteiramente voltado para a totalidade do tipo objetivo. Assim ocorrendo, MAURACH diz que **os tipos são congruentes e há, pois, congruência**. Quando os tipos são congruentes mas a congruência é defeituosa, pode haver erro de tipo ou tentativa. Esclareço: se a congruência defeituosa diz respeito ao tipo subjetivo (este não vê a perfeição do objetivo), há erro de tipo: o agente subtrai coisa alheia móvel para si, crendo-a própria (numa festa, pega a capa de outro, tomando-a pela sua). Quando, ao contrário, o defeito da congruência está no **tipo objetivo**, pode-se estar diante de tentativa (como também de ausência de tipo).

Além da congruência e do defeito de congruência, há o chamado tipo originariamente incongruente. Quando o tipo subjetivo vai além do tipo objetivo, tem-se o chamado crime formal, de consumação antecipada ou, como quer MAURACH, de resultado cortado (resultado aqui, em conceito natural). Ao reverso, quando o tipo objetivo vai além do tipo subjetivo, tem-se o crime qualificado pelo resultado.

Claro que a adoção de tal conceito de tipo implica, primariamente, na aceitação da dicotomia de WELZEL da **consumação formal** (aperfeiçoamento do tipo, composição do tipo) e **material** (alcançamento da intenção ou vantagem buscada pelo agente). Esta consumação material substitui o discutido conceito de crime exaurido que alguns autores que negam por entenderem que, na corrente causal, nunca há término dos resultados consequentes.

VII FUNÇÕES DO TIPO

MAURACH, por todos, aponta como funções do tipo as de garantia e fundamentação. Garantia das liberdades individuais e fundamentação limitativa do **jus puniendi** do Estado.

SOLER afirma que, pela tipicidade, o direito penal se constitui num sistema truncado, descontínuo, de ilicitudes. Numa imagem mag-

nífica, o mestre argentino fala em **arquipélago de ilicitudes num mar de legalidade**.

ANIBAL BRUNO concorda com essas funções do tipo, mostrando, ao demais, a incompatibilidade entre **tipo** e **analogia integradora**.

Porém, nem todo sistema jurídico admite a figura do tipo. KRYLENKO, na Rússia, na década de 20, apresentou um projeto de código penal onde a parte especial, longe de ser **numerus clausus**, se transformava em meramente exemplificativa. A Dinamarca permite a analogia para a integração de lacunas da parte especial.

Na Alemanha, berço da teoria do tipo, por uma Novela de 1935, passou-se a permitir a criação de tipos, desde que a conduta constituísse ofensa aos princípios gerais do direito (analogia **juris**) ou ao sentimento do povo alemão. Aliás, a chamada Escola de Kiel, de que são expoentes SCHAFFSTEIN e DAHM, através do Direito Penal da Vontade e da elaboração de um tipo normativo de autor, procurou desprestigiar o princípio da tipicidade. Se bem que MAURACH afiance que a teoria do tipo normativo de autor foi elaborada para impedir a proliferação de integrações analógicas por uma magistratura subserviente e aviltada pelo Estado nacional-socialista.

De resto, deve-se afirmar que a proliferação de elementos normativos, produzindo a **tipicidade aberta** de WELZEL, combatida por esse autor, enfraquece as funções do tipo, diretamente vinculadas às necessidades funcionais do Estado de direito, limitadas pela admissibilidade ética da punição. Ver, ainda por todos, WELZEL.

VIII CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS

De há muito a doutrina vem reclamando uma teoria geral sobre a parte especial, fazendo com que muitos autores (MEZGER, EDUARDO CORREIA, MAURACH) elaborem classificações dos tipos, portadoras do subjetivismo com que enfocam o problema.

Primariamente, com vistas à elaboração histórica(pode-se dividir o tipo em **normal** e **anormal**.

Normal seria o tipo que porta apenas elementos objetivos, de constatação imediata, sem necessidade de valoração. Alguns autores contestam essa afirmação, dizendo que todo elemento, mesmo descriptivamente objetivo, ao ser adotado pelo Direito, necessita de valoração interpretativa. No entanto, há que se entender isso **cum grano salis**. Desde que baste uma constatação sem aprofundamento, o elemento é objetivo, embora a sua adoção jurídica o valore. Ao contrário, **anormal** seria o tipo que porta elementos normativos (falsificação documental) ou subjetivos (furto).

Quanto à ação (ou conduta), os tipos são comissivos, omissivos, comissivos por omissão e omissivos por comissão. **Comissivos**, ou de ação **stricto sensu**, os crimes que ofendem o preceito proibitivo: matar alguém. **Omissivos**, os que ofendem preceito imperativo: exemplo é o crime de omissão de socorro, capitulado no artigo 135. **Comissivos por omissão** ou omissivos impróprios ou impuros, os crimes que ofendem preceito proibitivo através da **omissão** do agente. Neste caso estão os crimes em que o agente tem o **dever de garantia** do bem jurídico. A mãe que mata o filho por não alimentá-lo; a enfermeira que mata o paciente por não administrar-lhe o medicamento necessário; o pai que vê o filho se afogando e não o socorre. Finalmente, os crimes **omissivos por comissão**, citados por MAURACH e adotados pelo professor paulista PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR (**Do Nexo Causal**). Serviria aqui o exemplo da enfermeira que não ministra o remédio por que foi impedida de sair para fazê-lo por alguém que quer a morte do paciente.

Quanto ao resultado natural (modificação do mundo exterior), os tipos podem ser de mera conduta ou simples atividade e de resultado. Estes, subdivididos em resultado de dano (lesão efetiva do bem jurídico, v.g. homicídio) e de resultado de perigo (probabilidade, não mera possibilidade, de dano). E, numa segunda subdivisão, os de resultado de perigo em perigo concreto (constatável no caso concreto, v.g. incêndio) ou perigo abstrato ou presumido (embriaguês ao volante, art. 289 do código penal de 1969, na forma do Decreto n.º 1.004). Nestes crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido **juris et de jure**. Como exemplo de crime de mera conduta pode-se citar o adultério. Neste, há preponderância do **desvalor da ação**. Esta, **per se**, consuma o delito. Pode-se falar, ainda, nas infrações que **MANZINI** denominou de tipos de mera suspeita (portar objetos apropriados ao arrombamento).

Quanto à congruência, tipos congruentes, originariamente incongruentes e de congruência defeituosa. Ver *supra*, n.º VI.

Quanto à elaboração legislativa, tipos simples, complexos, qualificados pelo resultado e de conteúdo variável, como os chamava mestre HUNGRIA. **Simple**s é, por exemplo, o tipo de homicídio. **Complexo** é o tipo composto de um anterior com mais alguma especificação (complexo em sentido amplo), como é exemplo a denúncia caluniosa (art. 339), que é calúnia mais outros elementos, ou composto de dois tipos anteriores (complexo em sentido estrito), como é o caso do roubo (furto mais violência ou constrangimento ilegal), previsto no art. 157. **Conteúdo variável**, o tráfico de entorpecentes (art. 281).

Quanto ao concurso de agentes, em bilaterais e de encontro.

Normalmente o tipo exige apenas um agente, como é, ainda, o caso do exploradíssimo tipo de homicídio. Já os crimes bilaterais exigem uma convergência de ações. Assim, o crime de quadrilha ou bando art. 288). E tipo bilateral é o que exige ações antagônicas. Rixa, por exemplo (art. 137).

Quanto ao sujeito passivo, o tipo pode ser simples ou comum e próprio ou especial. Simples é o tipo que não exige nenhuma particularidade do sujeito ativo. Especial ou próprio é o que exige. Pode se dar que a exigência de qualidade do sujeito ativo agrave um tipo preexistente (peculato, em que a qualidade de funcionário agrava a modalidade de apropriação indébita), ou pode ser que justifique a elaboração do tipo (qualidade de médico do sujeito ativo quanto ao tipo de omissão de notificação de doença do art. 269).

Quanto à intensidade da agressão ao bem jurídico, consumados e tentados. Evidentemente a consumação formal disciplinada pelo art. 12, I. E tentado, o crime que se não consumou por acontecimento casual, desvinculado da vontade do agente (art. 12, II). É a congruência defeituosa de MAURACH.

Quanto à conduta referível ao resultado pode-se falar em tipo material, formal e de simples atividade. **Material** é o tipo em que o resultado natural se encontra descrito (homicídio). **Formal** é o tipo em que o resultado natural é irrelevante para a sua consumação (fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro, art. 171, § 2.º, V. Note-se que no código penal de 1969 este tipo passa a ser material). O tipo formal é o que MAURACH chama de resultado truncado. Sobre o tipo de mera conduta falou-se supra.

IX TIPO DE FATO E TIPO DE AUTOR

Tudo o que até agora foi afirmado refere-se a **tipos de fato**, salvo a rápida referência ao Direito Penal da Vontade da Escola de Kiel, da Alemanha nacional-socialista. Mas é preciso que se diga mais.

SCHAFFSTEIN e DAHM pretenderam que, ao lado dos tipos de fato (homicídio, furto), se criassem **tipos de autor**, tipos **normativos** de autor (homicida, ladrão). MAURACH, como já se disse, afiança que essa construção foi limitativa da criação analógica de tipos, possibilitada pela Novela de 1935.

WELZEL prevê tipos de autor na seguinte divisão: tipo normativo de autor (Escola de Kiel, supra) e tipo criminológico de autor. Estes subdivididos em tipo criminológico por disposição, caracterológico e sociológico.

O tipo de autor criminológico por disposição é o inimputável que, por fatores mórbidos endógenos está condicionado, por vezes, à prática de crimes, sem ter capacidade de culpa.

O tipo caracterológico compreende tanto o tipo de autor habitual ou por tendência por decisão vital, de BOCKELMAN, como o culpável pela conduta da vida, de MEZGER. Isto é, aquele autor que conduziu a formação do seu caráter por uma decisão do seu pior **ego** (BOCKELMAN) e o que conduziu por uma indiferença ou **inimizade ao Direito** (MEZGER).

E o tipo sociológico é o decorrente de pressões ou permissividades sociais. WELZEL exemplifica com o jogador profissional.

A essa classificação adere MAURACH.

Já o argentino FONTAN BALESTRA classifica os tipos de autor em três categorias: normativo, legal e criminológico. O tipo normativo estaria na parte especial do código penal. Exemplo, o rufião, do art. 230. O tipo legal é o que está na parte geral; exemplo, o reincidente. E o tipo criminológico diz respeito à criminologia, não ao direito penal.

O código penal editado em 1969 prevê o tipo de autor, tanto o normativo, como o criminológico caracterológico. O primeiro é o criminoso habitual presumido, em que não se examina o caráter, tão só a normatividade (art. 64, § 2º, "a"). E o tipo de autor criminológico caracterológico é o habitual reconhecível (art. 64, § 2º, "b") e o por tendência (art. 64, § 3º). Isto porque, nestes, o juiz deve valorar criminologicamente o caráter do autor.

Deve-se ressaltar que tanto MARQUES como BRUNO entendem existentes a culpabilidade pela conduta da vida ou o tipo de autor já no código penal de 1940, quanto ao **reincidente** e o **perigoso**, quando, em verdade, a referência não está na perigosidade do agente mas na censurabilidade que lhe dá pela errônea orientação de formação da sua vida, em inimizade ao Direito.

A perigosidade não fundamenta a pena indeterminada do tipo de autor habitual ou por tendência, mas a maior censura pela conduta da vida do agente.

X TIPO E FATO

Tipo de fato não se confunde com o fato. Este se reveste de todas as **nuances**, todo o colorido da ação. O fato é rico, variado. No homicídio, é fato o número de tiros disparados ou facadas desferidas, a marca da arma, o calibre do revólver ou o tamanho da faca. O tipo não. O tipo é o fato depurado. É aquele mínimo que o ajusta ao molde legal.

XI TIPO E ANTIJURIDICIDADE

O tipo não é um elemento hermético, estanque, fechado. Refere-se aos demais elementos estruturais do conceito analítico do crime. Sua relação com a antijuridicidade é visível, palpável, sensorialmente quase sentida.

Desde a formulação de MAYER — de que o tipo é a **ratio cognoscendi** da antijuridicidade — passando pela de MEZGER — de que é a **ratio essendi** com a consequente elaboração da **teoria dos elementos negativos do tipo** — à posição atual de que o tipo seleciona, no mundo da antijuridicidade — que é uma no Direito (teoria dominante) — aquelas condutas ilícitas que queira sancionar.

A mais sensível ligação entre tipo e antijuridicidade está na elaboração da teoria dos elementos subjetivos do injusto. Para a teoria dominante (veja-se, por todos, WELZEL e MAURACH), embora a antijuridicidade se refira a todos os ramos do Direito, o **injusto** é particular a cada um.

Explicando. Há **uma** antijuridicidade, quer seja civil, penal, administrativa, tributária. Mas há um injusto para cada um desses ramos. Há o injusto civil, o injusto administrativo, o injusto penal. **E este é um injusto típico**. Portanto, o injusto no direito penal se refere tanto à antijuridicidade, como à tipicidade. Daí porque elemento subjetivo do injusto é denominação que abrange a tipicidade subjetiva e o elemento subjetivo da própria antijuridicidade (motivo do toque genital do médico, para se saber se agiu jurídica ou antijuridicamente).

XII TIPO E CULPABILIDADE

As relações entre tipo e culpabilidade não se limitam, por sua vez, às tendências, motivos e intenções que se encontram em determinados tipos. Vão além. Toda a discussão que se trava, modernamente, no terreno da culpabilidade, entre a teoria extrema do dolo (**volsatztheorie**) e da culpabilidade extremada (**schuldtheorie**) dos finalistas, passando pela teoria limitada do dolo e atingindo a solução de compromisso do Tribunal Federal alemão da teoria da culpabilidade limitada, diz respeito ao dolo e sua inclusão ora na culpabilidade, ora no tipo, portando, ou não, o atual ou potencial conhecimento da ilicitude. Mas, o que é importante, mantido o dolo na estrutura da culpabilidade e fazendo-o portar, ou não, o atual ou potencial conhecimento da ilicitude, se o faz carregar a consciência da **tipicidade da conduta**.

XIII AUSÊNCIA DE TIPO

Para a tradicional — e ainda hoje dominante, nos países de tradição latina — teoria do tipo, há ausência de tipo no crime putativo, no crime impossível e na tentativa inidônea.

Modernamente o crime putativo se define como aquela figura típica à qual se não comina sanção. O condenado que foge, sem violência, querendo cometer com isso um crime, pratica uma ação administrativamente injusta, mas irrelevante, por atipia, para o direito penal.

Já com relação ao crime impossível e à tentativa inidônea, MAURACH faz uma distinção entre a velha e a moderna teoria objetiva. Para a velha teoria objetiva, o importante era situar o problema na inidoneidade absoluta ou relativa dos meios e do objeto. BRUNO afirma que o problema do meio absolutamente inidôneo é de **ausência de causalidade**, não de tipicidade. Exemplos ortodoxos seriam a ministração de açúcar como veneno ou a prática de feitiços para abortamento. Ocorre que não há meio absolutamente inidôneo, mas apenas relativamente. Assim, se o sujeito passivo for diabético, o açúcar poderá causar a morte e se está diante de um homicídio consumado. Também a mulher grávida pode ser suficientemente sugestível para que os feitiços ocasionem o abortamento.

O problema todos desloca para a **moderna** teoria objetiva. Não está em se buscar o meio ou o objeto absoluta ou relativamente inidôneo, mas na **concreção efetiva do perigo ao bem jurídico**. A tentativa se limita, não pelo não aperfeiçoamento simples do tipo fora da vontade do agente, mas no **grau próximo e efetivo do perigo ao bem jurídico**.

Não há negar que isso simplifica o problema da ausência de tipo. Na tentativa, no crime putativo, na tentativa inidônea e no crime impossível (quando o objeto não se presta ao resultado pretendido; v.g. morte de cadáver), há sempre **ausência de tipo**. A diferença, pois, está nesse perigo efetivo e próximo ao bem jurídico.

Por esse raciocínio MAURACH entende punível a chamada **tentativa inidônea**.

No crime putativo, ou não há norma ofendida, ou não há cominação penal à conduta.

XIV TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL

Deve-se, também, fazer referência à dicotomia de tipicidade formal e material. Sobre a tipicidade formal resta dizer que é a descrição legal.

Já a formal se vincula a um conceito extra-jurídico. Liga-se com a problemática da teoria dos elementos negativos do tipo, quando a causa excludente da antijuridicidade elimina o próprio tipo, e com a chamada teoria da ação socialmente adequada. Sobre a primeira já se falou supra.

A teoria da ação socialmente adequada foi elaborada por WELZEL. Pretendia este autor que há fatos que, por sua adequação social, não devem ser considerados típicos. Assim, o soldado que mata na guerra ao inimigo não comete uma ação típica, pois é socialmente adequada. Da mesma forma não são típicas as lesões médico-cirúrgicas e as desportivas. A essa teoria aderiu BETTIOL.

Porém WELZEL a abandonou, na forma de exclusão material da tipicidade. Hoje a adota apenas com relação a um conceito **monista** de antijuridicidade material.

Essa transferência não suprime a crítica que se deve fazer à teoria, pela impossibilidade de conceituação do que seja ação socialmente adequada e conseqüente imprecisão e limitação do seu conteúdo. BETTIOL, porém, continua fiel à posição adotada, mantendo-a como causa de exclusão material da tipicidade.

NOTA: O presente texto é a transcrição integral da prova escrita elaborada pelo Professor LUIZ ALBERTO MACHADO no concurso que prestou para Professor Assistente do Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Paraná, no dia 20 de dezembro de 1973, permitida apenas a consulta a legislação não comentada.

O tema foi sorteado à hora da prova de uma lista de quinze publicada em 5 de dezembro de 1973.

A Comissão Julgadora foi composta por três Professores Catedráticos: ILDEFONSO MARQUES, presidente, da Universidade Federal do Paraná; MANOEL PEDRO PIMENTEL, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; e ALCIDES MUNHOZ NETTO, da Universidade Federal do Paraná.

A prova escrita mereceu grau nove (9) da unanimidade da Comissão Julgadora.