

## TIPO FORMAL\*

Luiz Alberto Machado \*\*

*Sumário:* 1. Conceito. 2. Elementos. 3. Funções. 4. Tipo formal, fato e tipicidade. 5. Espécies. 6. Tipo objetivo doloso. 7. Tipo objetivo culposo. 8. Ausência do tipo objetivo. 9. Tipo subjetivo. 10. Erro de tipo e erro de proibição.

### 1. CONCEITO

O tipo pode ser examinado de um ponto de vista material e de um ponto de vista formal. Materialmente a construção do tipo traduz a própria desvalorização jurídica da conduta, a sua ilicitude, tradicional e, *concessa venia*, erradamente chamada de “antijuridicidade”. Formalmente, para usar-se a conceituação belingiana, o tipo é a imagem retora (*leitbild*) a que se deve ajustar a conduta para constituir-se em crime. WELZEL o vê como “a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)”. Como afirmado antes, não se pode confundir o tipo formal com a satisfação do princípio da legalidade, que no direito criminal se traduz como o princípio da reserva legal (o exclusivismo do direito para a criação de crimes, tendo como corolário, no direito criminal da vedação da retroatividade); a legalidade e a tipicidade são princípios absolutamente distintos no mundo jurídico criminal. É possível atender-se à reserva legal com a mera substituição da parte especial do C. penal por uma conceituação material de crime — conduta desviante da normalidade social, v. g. —, bastando, apenas, não poder ser aplicado (esse conceito material) a condutas pretéritas, anteriores à sua formulação. Não se pode dizer que, com isso, atende-se ao princípio do tipo. Por outro lado, não há óbice a que a legislação adote o princípio do tipo, afastando o da legalidade, permitindo a aplicação da descrição concreta da conduta a fatos já acontecidos.

\* O presente artigo é o reescrito do Capítulo XVI do livro **Direito Criminal** da Editora Revista dos Tribunais, da primeira edição, 1987. A modificação fundamental encontra-se na conceituação do chamado **crime culposos**.

\*\* Professor Titular do Departamento de Direito Penal e Processual Penal do Setor de Ciências Jurídicas da UFPr.

Ainda que não se confundam, os princípios da legalidade e do tipo completam-se, dentro de um esquema de direito criminal certo e democrático-liberal. Evidentemente ineficaz a existência do conceito de tipo, se aplicado a fatos pretéritos; da mesma forma, conquanto não se confundindo os dois princípios, a manutenção do *nullum crimen sine praevia lege* com um tipo abastardado, aberto, em que predominem elementos normativos extra-jurídicos, de valoração consuetudinária ou social, elimina a garantia do direito penal democrático-liberal que se funda, que se alicerça exatamente no princípio do tipo. A certeza do direito penal, nesta hipótese, desapareceria, cedendo lugar à vacilante construção jurisprudencial. Esse o motivo de o tipo formal dever ser certo, claro, o mais possível objetivamente descritivo, inenso a valorações consuetudinárias ou sociais.

## 2. ELEMENTOS

O núcleo do conceito do tipo é o verbo, geralmente transitivo, ensina GRISPIGNI; como exceção, a automutilação para escapar ao serviço militar ou para obtenção de valor de seguro (C. penal, art. 171, par. 2, V: "... lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, ...").

O tipo é, realmente, elaborado em torno do verbo, pois que este expressa a ação, a conduta humana (ainda aqui em sentido amplo, compreendendo a ação em sentido estrito e a omissão). Ao verbo agregam-se os outros elementos, aperfeiçoando, restringindo a fato certo o molde legal; por exemplo, no crime de homicídio, não apenas "matar", mas "matar alguém" (art. 121). Esses elementos que se agregam ao verbo para o aperfeiçoamento do tipo, a fim de torná-lo mais certo e que BELING pretendia apenas objetivos e descritivos, podem ser classificados em quatro grupos:

- a) elementos descritivos, constatáveis objetiva e faticamente; ainda sirva de exemplo o crime de homicídio, "matar" mais descrição objetiva e fática do objeto da conduta, "alguém";
- b) elementos modais. São circunstâncias de tempo ou de lugar ou especiais qualificações do sujeito ativo ou do sujeito passivo. Circunstância de tempo: o repouso noturno (art. 155, par. 1); de lugar: o conceito de lugar para o crime de ato obsceno (art. 233); de elemento modal quanto ao sujeito ativo (crimes especiais ou próprios), ser mãe, no infanticídio (art. 123), nos crimes comissivos por omissão o garante do bem jurídico que o ofende (todo crime comissivo por omis-

são ou omissivo impróprio é próprio ou especial); de elemento modal quanto ao sujeito passivo, crime de infanticídio, em que o sujeito passivo é sempre o filho;

- c) elementos normativos, jurídicos ou próprios, e extra-jurídicos ou impróprios. Os elementos normativos jurídicos podem ser o conceito de funcionário público (art. 312), de documento (art. 297). O primeiro é um elemento normativo jurídico-penal (art. 327); o segundo (documento), jurídico extra-penal. Essa distinção tem sido importante na caracterização do erro de direito excusável, já que a doutrina, abrindo uma janela na responsabilidade objetiva do *error juris nocet*, conceitua o erro de direito extra-penal como erro de fato penal. São, por outro lado, elementos normativos extra-jurídicos ou impróprios o estado puerperal (art. 123), mulher honesta (art. 219), ato obsceno (art. 233). Na conceituação desses elementos normativos extra-jurídicos, o costume (originariamente fonte de conhecimento mediato da lei penal) tem grande relevância; e
- d) finalmente, os elementos subjetivos que compõem, com o dolo, o tipo subjetivo (o dolo específico de alguns autores, como HUNGRIA, depois elementos subjetivos do injusto, o injusto típico, compreendendo a tipicidade e a antijuridicidade; dentro do âmbito do direito penal, FRAGOSO). O exame desses elementos far-se-á quando da análise do tipo subjetivo (n.º 9, 101, infra).

### 3. FUNÇÕES

MAURACH aponta, como funções do tipo formal, as de garantia das liberdades individuais e de fundamentação limitativa do *jus puniendi* do estado de direito democrático moderno. SOLER afirmou que, através do tipo, o direito penal constitui-se em um sistema truncado, descontínuo, de ilicitudes; em uma imagem quase poética, o mestre argentino falou em arquipélago de ilicitudes em um mar de legalidade. BRUNO concordou com essas funções do tipo, mostrando, ao demais, a incompatibilidade entre o tipo e a analogia integradora.

Dessas funções fundamentais poder-se-iam extrair outras: fixação do conceito de consumação e de tentativa; ajuste da censuralidade à figura penal; instituição de um regime de estabilidade e de segurança.

A importância do tipo está ressaltada por BELING, ao afirmá-lo fundamental para o direito punitivo: dá-lhe certeza, segurança, permitindo que os administrados fiscalizem a atuação da administração pública na aplicação da norma criminal (preceito), porque conhecem as suas proibições.

Na verdade, o tipo fixa o limite de atuação da administração pública na esfera do direito criminal. É o poder político, no aspecto do monopólio da coerção física, como ensina BOBBIO, perfeitamente visível para o administrado.

#### 4. TIPO FORMAL, FATO E TIPICIDADE

O tipo de fato não se confunde com o fato; este reveste-se de todas as *nuances*, todo o colorido da conduta. O fato é rico, variado, circunstanciado. O tipo é seco, conclusivo, fechado. No homicídio, é fato o número de tiros disparados, de facadas desferidas, a marca, o tipo da arma, a espécie de veneno, o calibre do revólver, o tamanho da faca, a forma de pegar a arma, os antecedentes, o tipo de munição (se explosiva, venenosa, comum). São fatos os acontecimentos pretéritos que envolvam o crime, o grau de amizade ou de inimizade: entre o autor e a vítima, as idades, o parentesco acaso existente.

O tipo, por seu lado, é o fato depurado, coado, selecionado nas últimas e relevantes conseqüências. No homicídio, o tipo é, *tout court*, "matar alguém".

A ligação entre o fato (rico, colorido, variado) e o tipo (seco, fechado, certo, indiscutível) faz-se com a tipicidade, que é a capacidade de adequação do fato ao tipo, a carga de tipo que o fato conduz. No homicídio não basta o fato morte; é indiferente, ao direito criminal, a morte natural, a morte causada em si mesmo (suicídio). O fato morte somente conterà tipicidade, somente portará a relação fato-tipo quando causada por um ser humano contra outro.

O fato tem extrema relevância jurídico-criminal: é o pedaço da realidade que possibilita a valoração político-criminal (pré-legislativa) e jurídico-penal (normativa). Fundamenta o tipo por sua carga de tipicidade (= adequação ao tipo). Justifica a imposição da resposta penal pelo variado colorido dos acontecimentos e das circunstâncias que carrega (cf. art. 59); por vezes, nos tipos em que se exige o resultado natural para a sua completa composição, o fato natural integra a estrutura do tipo.

## 5. ESPÉCIES

De há muito alguns pretendem uma teoria geral da parte especial, como se toda a parte geral não o fosse; essa equivocada exigência fez com que alguns autores elaborassem classificações portadoras do subjetivismo com que enfocaram o problema.

Uns dividem, quanto à construção histórica, o tipo em *normal* e *anormal*. *Normal* seria o que contivesse apenas elementos objetivos de imediata constatação, sem necessidade de valoração jurídica (em verdade, todo elemento, mesmo descritivamente objetivo, ao ser adotado pelo direito criminal, sofre uma valoração político-criminal pré-legislativa e uma valoração jurídico criminal interpretativa); evidente que se deve entender essa conotação *cum grano salis*. Desde que baste uma constatação sem aprofundamento valorativo jurídico-criminal, o elemento é objetivo. Ao contrário, *anormal* seria o tipo que portasse elementos normativos ou subjetivos. Claro está que essa classificação não tem validade científica: o tipo, enquanto tipo, molde, modelo, não pode ser *anormal*; por mais estranhos elementos que porte, será sempre tipo, molde legal, modelo da conduta.

Já há validade, no entanto, em uma classificação do tipo quanto à ação: comissivo, omissivo, comissivo por omissão, omissivo por comissão. Comissivo ou de ação em sentido estrito é o tipo que traduz ofensa a preceito proibitivo (matar alguém); omissivo, o que representa ofensa a preceito proibitivo de não praticar a conduta (omitir socorro); comissivo por omissão ou omissivo impróprio o que caracteriza ofensa a preceito proibitivo através da não prática da ação esperada (neste caso estão os crimes em que o agente tem o dever de garante do bem jurídico, seja esse dever legal, contratual ou decorrente de criação de perigo: a mãe que mata o filho por não alimentá-lo, o médico que mata o paciente por não ministrar-lhe o remédio, o pai que deixa o filho afogar-se, podendo salvá-lo); finalmente o tipo omissivo por comissão, citado por MAURACH e adotado por DA COSTA JUNIOR; a enfermeira que não ministrou o remédio vital ao paciente, porque foi impedida de fazê-lo por alguém que quis a morte do paciente e a trancou em um quarto. Em que pese o alto conceito dos professores que a adotam, é falha essa conceituação de crime omissivo por comissão: quanto ao tipo omissivo puro porque quem impede outrem de agir pratica diretamente o crime (autoria mediata); o mesmo em relação ao crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio. Neste passo, é válida, quanto à conduta, a classificação clássica: crimes comissivo, omissivo próprio e omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

No tocante à vinculação entre ação e resultado (entendido este como o natural), o tipo pode ser *de mera conduta* (ou simples atividade) ou *de resultado natural*. O Código não obriga, porém, à existência de resultado; quando trata da relação de causalidade, a expressão “o resultado, de que depende a existência do crime, ...” (art. 13) significa referência aos tipos que contém, na sua formulação, o resultado natural, não aos demais; é como se dissesse: “quando o tipo é de resultado natural, a sua existência depende de um resultado que somente é imputável a quem lhe deu causa”. Nos tipos sem resultado natural não há que se examinar causalidade; qual a importância da causalidade no adultério e em outros de mera desvalorização de conduta, tipos de mera conduta ou simples atividade? Nenhuma. Portanto, o Código, quando fala em resultado, fala em resultado natural; mas não para todos os tipos: somente para aqueles que têm o resultado natural na sua formulação.

Deduzindo-se da classificação anterior, quanto à intensidade do ataque ao bem jurídico, o tipo pode ser *de lesão* (dano concreto) ou *de perigo*, este subdividido em *concreto* e *abstrato* (também chamado de presumido). Já se viu que, ao lado do desvalor de conduta, o crime pode ser, também, um desvalor de resultado natural, pelo dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Por vezes o tipo exige o dano efetivo, a lesão concreta ao bem jurídico (homicídio); por outras o tipo exige apenas o perigo de dano (tentativa, incêndio em coisa própria). No que concerne ao perigo, tanto se pode configurar o perigo real, como o abstrato ou presumido. No perigo real, concreto, o tipo só se aperfeiçoa quando há a efetiva comprovação do perigo: o tipo exige que o perigo se configure, se constate concretamente (incêndio, art. 250). No perigo presumido, ou abstrato, o tipo é elaborado de tal forma que basta a conduta para se o presumir como existente (esse tipo é de mera conduta ou simples atividade, cf. art. 130); a presunção do perigo é *iuris et de jure* inadmitindo prova da sua inexistência real.

Quanto à construção técnica, o tipo pode ser *simples*, *composto* e *alternativo*. É simples o tipo de homicídio. Já o tipo composto subdivide-se em cumulativo (sentido amplo e sentido estrito), ação múltipla, permanente, bilateral (ou de encontro) e habitual. É tipo cumulativo ou complexo em sentido amplo aquele que se configura com a agregação de novas circunstâncias a tipo preexistente (denunciação caluniosa, art. 339, em relação à calúnia, art. 138); é tipo cumulativo em sentido estrito o que resulta da fusão de dois, ou mais, outros tipos (roubo, art. 157, que é furto, art. 155, mais constrangimento ilegal, art. 146, ou lesões corporais, art. 129); é tipo de ação múltipla o que exige a

concorrência de várias ações independentes para a sua configuração (quadrilha ou bando, art. 288); é tipo permanente o que exige uma omissão de agir, no sentido de desfazimento da ação imediatamente anterior, protraindo a sua consumação no tempo (cárcere privado, art. 148); é tipo habitual o que aperfeiçoa a conduta através de vários atos (casa de prostituição, art. 229; na verdade, há um elemento subjetivo, que se traduz na tendência, caracterizadora da habitualidade, como se verá depois); é tipo bilateral o que exige a confluência de duas vontades (adultério, art. 240); é alternativo o tipo que oferece várias opções de conduta, sendo aperfeiçoado com a prática de uma só delas, pouco importando a execução de outra ou outras (petrechos de falsificação, art. 294).

Quanto ao conteúdo, o tipo pode ser *completo* ou *em branco*. O tipo completo é o que contém todos os elementos necessários à sua configuração. O tipo em branco exige a complementação do seu preceito ou da sua sanção. Tipo em branco é o de omissão de notificação de doença (art. 269), pois quais as doenças de compulsória notificação estão relacionadas em ato de autoridade administrativa sanitária. Por vezes o tipo em branco o é quanto à sanção, que deve ser emprestada de outro (estelionatos assimilados, art. 171, par. 2).

Quanto ao sujeito ativo (autor), o tipo subdivide-se em *comum* (ou geral), *de mão própria* e *próprio* (ou especial). O tipo comum inexe qualquer especificação do sujeito ativo (qualquer um pode cometer o crime). O tipo de mão própria exige que apenas o autor o pratique (ninguém pode cometer adultério por mandato, através de outra pessoa). E o tipo próprio exige uma especial qualificação do sujeito ativo (infanticídio, art. 123).

Quanto à congruência, o tipo classifica-se em *congruente* e *originariamente incongruente*. O tipo congruente possui a sua parte objetiva (tipo objetivo) em perfeita consonância com a subjetiva (tipo subjetivo): no homicídio, o autor quer incondicionadamente a morte de alguém (tipo subjetivo) e o tipo objetivo é a ação de matar. No tipo originariamente incongruente o tipo subjetivo pode ir além do objetivo: o autor quer mais do que a lei exige para a configuração do tipo (crime formal ou de resultado cortado ou de consumação antecipada: perigo de contágio de moléstia grave, art. 131). No caso do tipo objetivo ir além do subjetivo há o concurso formal entre crime doloso e crime culposos, com a pena excepcional e especialmente estabelecida na parte especial, revogando, nesse aspecto, o disposto no art. 70.

No tocante à elaboração legislativa da conduta, o tipo pode ser *de forma livre* e *de forma vinculada*. De forma livre é o homicídio (pouco importa como o autor impõe a morte da vítima;

desde que ocorra, configura-se o tipo). No tipo de forma vinculada a ação precisa ser praticada de acordo com a hipotização da lei: é o caso do estelionato (art. 171), em que não basta o autor auferir vantagem ilícita, para si ou para outrem, mantendo ou induzindo a vítima em erro; mister que o induzimento ou a manutenção em erro seja fruto de artifício, de ardil ou de qualquer outro meio fraudulento. É a vinculação da conduta a uma determinada forma.

Essa classificação do tipo, resultado da fusão das procedidas por diversos autores, tem vantagem apenas relativa no exame dos crimes em espécie. O tipo vale, em verdade, pelos elementos que o integram e pela forma legislativa de que se reveste. O importante é dar certeza do seu conteúdo e garantir uma correta aplicação do direito penal democrático-liberal. A reclamada teoria geral da parte especial não se faz necessária. A parte especial decorre da análise da teoria do delito, com especial referência ao tipo.

## 6. TIPO OBJETIVO DO CRIME DOLOSO

A até hoje dominante teoria do tipo, aceita pelos criminalistas mais tradicionais, configura um conceito já um tanto superado. A sua construção, os seus elementos integrantes, a sua função indicadora ou seletiva das condutas negativamente valoradas que interessam ao direito penal, traduzem, atualmente, uma posição quase histórica. Porém essa tradicional e ortodoxa construção do tipo não compactua com o estágio atual do estudo do direito penal. Tanto a teoria finalista como a normativa (esta nas suas modalidades social e jurídica) compatibilizam-se com um novo conceito de tipo.

Para a teoria finalista a vontade que a ação porta é uma vontade final. Segundo WELZEL, ao praticar a ação o agente elege os meios e tem consciência dos resultados concomitantes prováveis. Mas a vontade, mais do que a voluntariedade da teoria causal naturalista, é vazia de conteúdo, a ser examinado em outro momento. Sendo, a ação final, mera vontade exteriorizada para o alcance de um fim, de conteúdo, dessa vontade encontra-se no tipo. Este, em conjunto com a ação, porta o conteúdo da vontade; ora, conteúdo da vontade final nada mais é do que o dolo; o dolo dos finalistas é um dolo inodoro, um dolo não valorado em si, um dolo apenas voltado para a realização integral do tipo, através da prática da conduta; não é o dolo civil, o *dolus malus*. Consequentemente o tipo não é plano, horizontal, bidimensional, mas sim plástico, ou, como sabrosamente o denomina MAURACH, um tipo pluridimensional: o tipo decompõe-se em dois, tipo objetivo e tipo subjetivo.

O C. penal, ao definir o dolo e a culpa, divide os tipos em dolosos e culposos. É o que se depreende da rubrica "crime doloso e crime culposo" (art. 18), obrigatoriamente inserta na interpretação (MUNHOZ NETTO). Na verdade, ao falar em crime o Código refere-se ao tipo formal, porque apenas este pode ser doloso ou culposo, já que a inconformidade da conduta em relação ao direito é mera constatação da composição do tipo. Se a palavra crime, utilizada pelo Código, também se referisse à culpabilidade, não se poderia falar, na ausência desta, em não punibilidade ou em isenção de pena, mas em inexistência de crime. Tanto é assim que, ao tratar da inimputabilidade, no art. 26, o C. penal usa a expressão "é isento de pena"; ao dar relevância a certas formas de inexigibilidade de outra conduta, o Código usa a expressão "só é punível" (art. 22). Mas quando fala em causas permissivas da conduta formalmente típica, o Código é claro: "não há crime" (art. 23). Veja-se na parte especial, quando há o crime mas não a punibilidade, a locução é "isenção de pena" (art. 181), embora claramente o texto indique o cometimento de crime: "é isento de pena quem comete qualquer dos crimes ...".

Dogmaticamente a ausência de crime diz respeito à atipia da conduta ou à sua conformidade aos comandos e às proibições do direito, ainda que formalmente configurado o tipo (tipo formal). Como o dolo é a vontade livre e incondicionada da ação, evidente que só pode estar compartimentado no tipo (em contrário, ROXIN); regra geral o tipo objetivo porta os elementos descritivos, modais e normativos, e o tipo subjetivo, além do dolo, também os demais elementos subjetivos do injusto (intenção, motivo, tendência). Normalmente o tipo subjetivo está inteiramente voltado para a totalidade do tipo objetivo; assim ocorrendo, o tipo é congruente. Quando os tipos são congruentes mas a congruência é defeituosa, pode haver erro de tipo ou tentativa. Melhor: se a congruência defeituosa diz respeito ao tipo subjetivo (este não vê a perfeição do tipo objetivo), há erro de tipo: o agente subtrai a coisa alheia móvel para si, crendo-a invencivelmente própria. Ao contrário, quando o defeito de congruência está no tipo objetivo, pode-se estar diante de tentativa ou de ausência de tipo. A diferença está em que o tipo objetivo, na tentativa, não se aperfeiçoa porque o verbo não se completa por circunstâncias alheias à vontade do agente, e, na atipia por faltar-lhe elemento integrante do tipo.

Além da congruência e do defeito de congruência há o tipo originariamente incongruente: quando o tipo objetivo vai além do tipo subjetivo, tem-se o crime ortodoxamente chamado de qualificado pelo resultado; ao reverso, quando o tipo subjetivo vai além do objetivo, tem-se o chamado crime formal (consumação antecipada ou resultado truncado).

Claro que a adoção desse conceito de tipo implica, primariamente, na aceitação da dicotomia weizeliana de consumação formal (aperfeiçoamento do tipo, consumação do tipo) e consumação material (alcance do perseguido ou da vantagem buscada pelo agente). Esta consumação material substitui o imprestável conceito de crime exaurido, negado por alguns autores por entenderem que, na corrente causal, filosoficamente nunca terminam os resultados conseqüentes da conduta.

## 7. TIPO OBJETIVO DO CRIME CULPOSO

Resta falar sobre a colocação da teoria do tipo diante do crime culposos. A culpa é, inegavelmente, de colocação meramente jurídica. Falhou o psicologismo ao tentar explicá-la. Assim é que o tipo objetivo do crime é um só: infração ao dever de cautela, normal ou especial, a que o autor, nas circunstâncias do seu atuar, está obrigado; pode-se formular esse tipo supra-legal assim: faltar ao cuidado objetivo a que se está obrigado. Quando o agente falta ao cuidado objetivo, comete o crime. Ocorre que a falta a esse cuidado objetivo é dolosa, vale dizer, o agente quer — livre, consciente e incondicionadamente — faltar a esse cuidado objetivo a que está obrigado. O que o agente não quer é o resultado natural — dano ou perigo de dano — causal a essa falta, dolosa, ao cuidado objetivo a que está obrigado.” Mas esse resultado é condição objetiva de punibilidade do crime de “faltar ao cuidado objetivo a que se está obrigado” Isto é, o direito criminal só se incomoda quando, do crime cometido, ocorra causalmente um resultado natural a que dá relevância.

Essa referência vem indicada na parte especial (C. penal, art. 18, p. único: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”). Como condição objetiva de punibilidade do doloso crime denominado equivocadamente culposos, só se pune a falta ao cuidado objetivo quando o resultado, causal dessa falta de cuidado, configure morte, lesão corporal, etc. A formulação desse tipo objetivo é, portanto, inferência não expressa, supra-legal da parte geral do C. criminal. O resultado natural, dano ou perigo de dano, obrigatoriamente existente para a punição da conduta, é a condição objetiva de punibilidade. O tipo subjetivo do chamado crime culposos, porta o dolo, vontade livre, consciente e incondicionada de faltar ao cuidado objetivo a que o agente está obrigado; o resultado natural ocorre com inaquiescência ou por imprevisão do agente quanto ao resultado natural previsível. Essa conceituação resolve o problema do chamado crime qualificado pelo resul-

tado, que nada mais é do que um crime doloso com uma condição objetiva de punibilidade — um resultado natural mais grave do que o contido no tipo básico de uma pena mais grave.

## 8. AUSÊNCIA DO TIPO OBJETIVO

Conceituado e classificado o tipo, resta dizer que, diante da sua colocação sistêmica na teoria do delito, não há crime quando a conduta não se reduza ao molde legal. A não tipicidade da conduta elimina a indagação quanto à existência do crime. Diante da nossa construção processual penal, ancorada ao critério da obrigatoriedade da ação penal pública, ainda que mitigada, nem mesmo há a obrigação de denunciar quando a conduta seja típica. Daí a importância de saber-se, com exatidão, quando ocorra essa atipia.

Para a tradicional e ainda hoje dominante, nos países de tradição latina, teoria do tipo, há atipia da conduta no crime putativo, no crime impossível e na tentativa inidônea. Para essa posição, o crime putativo é a prática “de um ato que o agente supõe criminoso, mas que, na realidade, não é definido na lei como crime” (BRUNO). No entanto, modernamente o tipo putativo é não só a ausência de norma incriminadora da conduta, mas adequação típica sem sanção. O condenado que foge, sem violência, querendo, com isso, cometer um crime, pratica uma ação administrativamente ilícita porém criminalmente irrelevante, por atipia. Por outro lado, é furto putativo a subtração de coisa alheia do pai pelo filho, que se beneficia da imunidade penal, suficiente para isentá-lo da pena (art. 181). O crime putativo, pois, pressupõe não só a inexistência do tipo mas, e principalmente, a sua existência sem a correspondente imposição da sanção; esta é inaplicável no momento mesmo do cometimento da conduta.

Já no crime impossível e na tentativa inidônea o problema desloca-se ligeiramente. Sob a rubrica “crime impossível” (art. 17) o C. penal trata, também, da tentativa inidônea. No crime impossível a impropriedade do objeto é absoluta: disparar dolosamente tiros de revólver contra um cadáver, crendo-o com vida. O objeto não tem condições de sofrer a ação típica. Falta, ao tipo, um dos seus elementos integrantes — homem vivo, capaz de sofrer a ação de homicídio —. Da mesma forma, práticas abortivas em mulher não grávida: falta um dos elementos do tipo objetivo de aborto, a gravidez da mulher.

Com relação à tentativa inidônea (absoluta impropriedade do meio), as dificuldades aumentam. BRUNO trata a tentativa inidônea como caso de ausência de causalidade. O problema está em que a impropriedade, desde um enfoque de causalidade ade-

quada, é, antes da conduta, sempre relativa. O açúcar é incapaz de envenenar e produzir a morte, mas ministrado a um diabético em grau avançado, pode vir a matá-lo; os fetiches e as rezas são, aparentemente, impróprios à causação do aborto, porém feitos a mulher extremamente sugestível, pode ocasioná-lo. Desde um exame *ex ante*, no entanto, dir-se-ia que os meios eram inidôneos. Na hipótese de ocorrência do tipo, da sua configuração, do seu aperfeiçoamento, é evidente que não se trata de meio inidôneo mas, ao contrário, de meio eficaz.

O erro assenta-se exatamente na adoção, para a conceituação do crime impossível e da tentativa inidônea, da velha teoria objetiva. Já se viu que inexiste meio absolutamente ineficaz desde um exame *ex ante*: o meio é sempre relativamente idôneo, eficaz. A solução está na adoção da moderna teoria objetiva, não em buscar-se a inidoneidade, absoluta ou relativa, do meio, mas no exame da concreta e efetiva existência de perigo para o bem jurídico (MAURACH). Se o açúcar e as rezas eram meios absoluta ou relativamente inidôneos ao homicídio e ao aborto (nos exemplos supra), pouco importa. Importa saber se, no caso concreto, representaram perigo concreto e próximo para a vida. Em caso afirmativo, não há que se falar em não punibilidade, mas em tentativa punível. Embora o açúcar e as rezas pudessem traduzir meios absolutamente inidôneos e ineficazes, conduzindo à impunidade desde um exame antecipado da conduta, a concreção do perigo próximo ao bem jurídico, aliado à consciência do autor da condição pessoal da vítima, dá, à conduta, o caráter de tentativa punível. A tentativa limita-se, assim, não pelo aperfeiçoamento do tipo fora da esfera de atuação da vontade e consciência do autor, mas no grau próximo e concreto do perigo ao bem jurídico tutelado. Não há como se negar que essa colocação simplifica o problema da ausência do tipo formal, que estará condicionada à inexistência desse perigo concreto e próximo.

## 9. TIPO SUBJETIVO

O tipo subjetivo compõe-se de dolo, podendo portar também um elemento subjetivo, quando assim o exija a sua composição: motivo (v.g., motivo fútil no homicídio, art. 121, par. 2, inciso II; crime contra a segurança nacional, sempre com motivação política); intenção (especial fim de agir do autor: furto, “para si ou para outrem”, art. 155); e tendência (crime de rufianismo, art. 230).

O dolo, “tomado apenas como resolução, é penalmente irrelevante, já que o direito penal não pode alcançar o puro ânimo” (WELZEL). Porém, “o dolo é a consciência do fato e a resolução

de realizá-lo" (WELZEL), vale dizer que, em sentido técnico-criminal, é somente a vontade de ação orientada à realização de um tipo de delito: "toda ação consciente e conduzida pela decisão da ação, isto é, pela consciência do que se quer — o momento intelectual — e pela decisão a respeito de querer realizá-lo — o momento volitivo" (WELZEL).

O dolo realiza-se em dois momentos: um, cognoscitivo ou intelectual, que compreende o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do fato legal, sejam positivas, sejam negativas (v.g., o não consentimento no crime de rapto, art. 219); o outro, volitivo, que é a vontade incondicionada de realizar o tipo (vontade de realização): se Caius saca de um revólver mas está indeciso entre ameaçar ou disparar, não há tentativa de homicídio. O querer do momento volitivo e o querer realizar, não o querer ter ou o querer alcançar, meras aspirações. A vontade de ação dirige-se, primeiro e principalmente, ao fim proposto; depois, também aos meios da ação e, por fim, aos resultados concomitantes, desde que o autor os reconheça como parte do geral a realizar.

Historicamente a doutrina classificava o dolo, em *de impeto* (de momento, atuação emocional, descontro'ada), *alternativo* (ou ação de matar ou ação de ferir, v.g.), *determinado* (só ação determinada), *indireto*, *específico*, *genérico* (sem especial fim de agir, em contraposição ao específico). Essa classificação tem sabor meramente histórico; hoje, o dolo classifica-se em *direto* e *eventual* (TAVARES). Diz-se direto o dolo quando, quem atua, tem consciência, como desejáveis ou como necessárias, das consequências do seu atuar (MAURACH). Conceitua-se o dolo como eventual quando o agente toma a realização do tipo seriamente como possível e com isso se conforma (JESCHEK): disparo contra uma multidão sem querer acertar em ninguém, porém, se acontecer, aceito o resultado ("assumiu o risco de produzir o resultado", art. 18, inciso I, última parte).

Algumas teorias procuram explicar o dolo. A do *consentimento*, entendendo-o como referido à vontade de um processo de sentimento (o autor deve aprovar internamente o resultado, estar de acordo com ele); esta teoria não abrange os resultados concomitantes previstos, pelo autor, como prováveis (WELZEL). A do *sentimento* (EXNER e ENGISCH) fundamenta a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente (prática de um ato com resultado previsível e previsto pelo autor, ainda que, por este, não aceito e não querido) no maior grau de indiferença frente a um bem jurídico ou frente à violação do direito; no entanto, também a culpa inconsciente (para a qual o autor não prevê um fato previsível) pode resultar de alto grau de indiferença. Para a teoria da *probabilidade*, o dolo diferencia-se da culpa pelo maior grau

que, ao autor, se representa a possibilidade de produção do resultado (probabilidade, entendido esse como ocorrência do tipo); mas isso acontece apenas quanto aos resultados concomitantes, que não são objeto primário da vontade de realização. A teoria da *representação* é o conceito extremo da teoria da probabilidade. E, finalmente, a teoria da *vontade* (o autor quer o resultado, entendido, ainda, como realização do tipo).

Na medida em que o dolo incluía-se na culpabilidade, havia necessidade de se o graduar, a fim de graduar a própria censura ao autor. Entretanto, incluindo-se o dolo na estrutura do tipo (formando o tipo subjetivo, sozinho ou com outro elemento subjetivo), basta a constatação da sua existência: o tipo não será mais ou menos censurável pelo dolo; a graduação da censura, da culpabilidade, dar-se-á pela potencialidade de conhecimento do injusto de parte do autor, em que se inclui o grau de previsibilidade do resultado, e pelo grau de exigibilidade da conduta conforme o direito.

## 10. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO

O C. penal de 1984 inovou substituindo erro de fato e erro de direito por erro de tipo e erro de proibição, bastante mais técnicos.

O erro de tipo é a falsa representação da realidade (a ignorância é a ausência de representação, que se equipara ao erro; FRAGOSO) no tocante à composição do tipo objetivo. Vale dizer, quanto aos elementos descritivos e normativos do tipo pluridimensional. O erro sobre elementos do tipo (art. 20) é, *mutatis mutandis*, o erro de fato do C. penal de 1940 (art. 17). A afirmação de que “o erro sobre elemento do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei” significa a não composição do tipo subjetivo, nessa hipótese. É caso de ocorrência de defeito de congruência, com o não aperfeiçoamento do tipo subjetivo: o agente toma um objeto alheio, para si, supondo-o próprio. O tipo objetivo aperfeiçoou-se; o subjetivo, pela ausência do dolo, não. A conduta, de consequência, é penalmente atípica.

O erro de proibição (dito “erro sobre a ilicitude do fato”, art. 21) atua na esfera da censurabilidade, mais especificamente sobre o seu elemento “potencial conhecimento do ilícito”, porque supor lícita a conduta (isto é, permitida ou não proibida) decorre ou do conhecimento da proibição da lei criminal, ou de se a pretender autorizada (seja pela existência de norma autorizadora ou permissiva inexistentes, seja por, num erro de avaliação dos fatos, os entender como caracterizadores da incidência de uma norma permissiva (v.g., a legítima defesa putativa: o agente

supõe-se invencivelmente diante de uma agressão que, se existente, legitimaria a defesa). A conceituação inserta no C. penal de 1984 permite, no entanto, a incidência de crítica: primeiro, porque ilícita é a conduta, da qual o fato é consequência (não há fato ilícito sem uma anterior conduta ilícita); segundo, porque adota a superada teoria da atualidade do conhecimento do ilícito, quando o punível ou desculpável ou incensurável é a potencialidade desse conhecimento (se o agente não conhece, mas deveria conhecer, o erro não pode ser considerado); terceiro, por negar relevância ao desconhecimento da lei penal (art. 21, primeira parte), ao dispor que “o conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos” (se a presunção é *juris tantum*, desnecessária a redação; se *juris et de jure*, elimina a relevância de erro).

De qualquer forma o erro deve ser invencível, inevitável, para ser relevante para o direito criminal.

## BIBLIOGRAFIA

1. BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968.
2. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*, nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Ed. Borsai, 1957.
3. DUEZ, Paul e Debeyre, Guy. *Traité de Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1952.
4. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958. pp. 415/425.
5. MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966.
6. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
7. OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Responsabilidade Civil do Estado por Fatos da Administração Pública*, In: *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, nº. 20.
8. TÁCITO, Caio. *Tendências atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado*, In: *RDA*, v. 55, Jan/Mar., 1959.
9. RIPERT, Georges. *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948. pp. 343/364.