

DOUTRINA

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 belingeana, 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 culposo**.

** 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, enquanto não se confundindo os dois princípios, a manutenção do *nullum crimen sine prævia 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, infenso 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 consequências 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 inapropriados. 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 ilícitudes; em uma imagem quase poética, o mestre argentino falou em arquipélago de ilícitudes 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 censurabilidade 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 consequências. 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 conterá tipicidade, somente portará a relação fato-tipo quando causada por um ser humano contra outro.

O fato tem extrema relevância jurídico-crimeal: é o pedaço da realidade que possibilita a valoração político-crimeal (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 ministrá-lo 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 subdividide-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 (denúncia 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 inexige 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 culposo, 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 saborosamente 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 alocução 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 compartmentado no tipo (em contrário, ROXIN); regra geral o tipo objetivo porta os elementos descriptivos, 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 culposo. 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 equivocamente culposo, só se pune a falta ao cuidado objetivo quando o resultado, causal dessa falta de cuidado, configura 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 culposo, porta o dolo, vontade livre, consciente e incondicionada de faltar ao cuidado objetivo a que o agente está obrigado; o resultado natural ocorre com inquietude 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 improriedade 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 improriedade do meio), as dificuldades aumentam. BRUNO trata a tentativa inidônea como caso de ausência de causalidade. O problema está em que a improriedade, 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 sugestionável, 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 do 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 intelectivo — e pela decisão a respeito de querer realizá-lo — o momento volitivo” (WELZEL).

O dolo realiza-se em dois momentos: um, cognoscitivo ou intelectivo, 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 incluia-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 culposo, 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.