

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Aplicação dos critérios de exclusão da tipicidade como forma de racionalização da atuação do Ministério Público na área criminal¹

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça – Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais



**Carlos Alberto da
Silveira Isoldi Filho**

Não sendo possível ao legislador descer a detalhes na elaboração do tipo penal, cabe ao aplicador do Direito delimitar o âmbito de sua abrangência conforme as peculiaridades do caso concreto². Esse juízo valorativo deve ser feito pelo intérprete com a finalidade de restringir o alcance do tipo legal somente para as situações que realmente têm relevância para o direito penal.

Nesse contexto, o titular da ação penal deve avaliar o fenômeno da tipicidade sob a óptica da ocorrência ou não de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (tipicidade material), deixando de lado o mero juízo formal de adequação de fatos reais a modelos previstos na lei (tipicidade formal).

Para que o juízo de tipicidade não atinja fatos estranhos ao Direito Penal, devemos entendê-lo sob uma concepção material, ou seja, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. São casos nos quais a *licitude do fato está implícita no tipo incriminador e, com isso, o juízo de antijuridicidade pode ser antecipado para o momento da valoração do tipo*.

Esses elementos de *licitude implícitos no tipo incriminador* são critérios de exclusão da tipicidade material. Entre eles, destacamos: atipicidade conglobante, princípios da adequação social, do risco tolerado (ou permitido), da confiança, da insignificância, bem como o consentimento do ofendido.

A *atipicidade conglobante* ocorre nas situações em que existe, no ordenamento jurídico, uma norma que fomenta ou imponha uma determinada conduta, não obstante tal ação ou omissão sejam aparentemente abrangidas pelo tipo incriminador. Destarte, a conduta aparentemente vedada não é alcançada pela proibição em razão da análise conjunta que devemos fazer do tipo incriminador e das demais normas vigentes³. É um critério normativo de correção da tipicidade legal que esvazia um pouco as causas de exclusão da ilicitude, mais especificamente o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de

um direito.

O *princípio da adequação social* foi introduzido no Direito Penal por Hans Welzel⁴. É aplicado nos casos em que o comportamento do agente seja considerado normal pela sociedade em um dado momento histórico, embora não exista uma norma que o imponha ou o fomenta. Observe-se, porém, que não se trata de revogação da lei pelo costume, conforme equivocadamente apontam alguns doutrinadores. A adoção desse princípio implica, tão-somente, uma valoração que corrige a abrangência do tipo penal no caso concreto, mas o tipo legal continua em pleno vigor e pode eventualmente ser aplicado em outras situações. A nosso ver, os critérios de adequação social e de atipicidade conglobante se complementam, sendo este baseado em uma norma e aquele na ética social.

Por sua vez, o *princípio do risco permitido* ou do *risco tolerado* tem aplicação nas situações envolvendo comportamentos culposos que, não obstante arriscados, são aceitos devido ao interesse da coletividade⁵ ou se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos⁶. Isso não significa, porém, que a atividade perigosa possa ser realizada sem qualquer espécie de precaução, pois, justamente por serem perigosas, devem ser realizadas com o máximo cuidado possível⁷. Cremos que esse critério não deve ser confundido com o da adequação social, visto que nem toda conduta aceita pela sociedade representa um risco. Um bom exemplo de sua aplicabilidade é a cirurgia para separação de gêmeos xifópagos, procedimento extremamente arriscado, no qual há grande possibilidade de óbito de um ou ambos operados. O médico age com culpa consciente, pois sabe dos riscos, mas acredita que o resultado morte não ocorrerá, situação na qual não pode ser responsabilizado criminalmente em virtude do princípio do risco tolerado.

O *princípio da confiança*, desenvolvido pela jurisprudência alemã, fundamenta-se no fato de que os membros da sociedade organizam suas atividades pressupondo que os demais indivíduos se comportem conforme as expectativas sociais⁸. Sua principal aplicação dá-se nas questões envolvendo tráfego de veículos⁹, embora não possamos excluir a possibilidade de sua utilização em outras situações¹⁰.

¹ Texto baseado em monografia de sua autoria, sob o título “Causas de Exclusão da Tipicidade”, apresentada no 3º Curso de Especialização em Direito Penal (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – turma 2000.

² GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. (p. 106)

³ Sobre o tema da tipicidade conglobante ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (p. 458 e ss)

⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (p. 58 e 60)

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte general*, v. 1. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. (p. 555)

⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (p. 38)

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. (p. 119)

⁸ GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. (p. 82)

⁹ WELZEL, Hans. *Op. cit.* (p. 79)

¹⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (p. 52-53)

O *princípio da insignificância* baseia-se na idéia de que o direito penal, por sua natureza fragmentária, não deve ocupar-se de danos de pouca monta. Aplica-se a qualquer espécie de crime, nas hipóteses em que a conduta do agente causa um resultado, em que há nexo causal, mas a afetação do bem jurídico-penal é tão pequena que não subsiste nenhuma razão para a imposição da reprimenda. É um fator de limitação do poder punitivo estatal, tendo em vista que se exige uma proporcionalidade entre a extensão da lesão produzida e a drasticidade da intervenção do Estado. Sua criação é atribuída a Claus Roxin¹¹.

O *consentimento do ofendido* configura sempre uma causa de exclusão da tipicidade¹². Somente pode ser admitido quando a questão envolver bem jurídico disponível. Embora sua aplicabilidade na seara penal seja restrita, há situações nas quais ele serve como única causa de exclusão da tipicidade material do fato. Para nós, esse critério deve ser utilizado apenas se nenhum dos outros acima mencionados for suficiente para se concluir pela atipicidade material do fato. Ex.: cirurgia de ablação de órgão sexual masculino.

A aplicação desses fatores de exclusão da tipicidade material tem reflexos práticos no direito processual penal, princi-

palmente em relação à atuação do Ministério Público que, como titular da ação penal, pode evitar o início de processos evidentemente inúteis, bem como requerer o julgamento antecipado da lide ao detectar a atipicidade material do fato no decorrer do processo, inclusive após o início da instrução, evitando a prática de atos procedimentais desnecessários.

Essa mudança de paradigma na interpretação da tipicidade é um passo fundamental para obtermos maior eficiência na atuação do Ministério Público na área penal, pois, dessa forma, cremos que é possível evitarmos o início (ou a continuidade) de processos que tratem de fatos sem nenhuma importância para o direito penal.

Sem a pretensão de dar uma solução mágica para os problemas que ocorrem atualmente na área penal (grande quantidade de processos, demora na obtenção de decisões definitivas etc), cremos que a adoção de tal postura pelo órgão ministerial, fatalmente, gerará a diminuição de processos em andamento nas sempre abarrotadas varas criminais, possibilitando, assim, que o membro do *Parquet* possa despender mais tempo com medidas voltadas à apuração de delitos de maior gravidade. Cremos que essa é uma das formas de atingirmos a racionalização da atuação do Ministério Público na esfera penal.

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. (p.133)

¹² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (p.52)