

19/06/2008 22:09:01 - TIPICIDADE CONGLOBANTE: ALGUMAS LINHAS por Bruno Haddad Galvão

*Por Bruno Haddad Galvão*  
*Defensor Público do Estad de São Paulo*

Como citar este artigo: GALVÃO, Bruno Haddad. *Tipicidade conglobante: algumas linhas*. Disponível em <http://www.sosconcurseiros.com.br>.

Se te perguntarem em prova o que é tipicidade conglobante, o que você diria?

Para não errar, preste atenção no que vou escrever.

A teoria da tipicidade conglobante foi desenvolvida pelo grande Eugênio Zaffaroni.

Esta teoria parte de uma idéia óbvia, mas que não foi observada por 99% dos doutrinadores penalistas.

Ela simplesmente afirma que se existe uma norma que permite, que fomenta ou que determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibida por outra.

Não é uma idéia óbvia? Claro que sim e é isso que você vai escrever na prova.

Mas atente: adotada esta idéia, muita coisa mudará e o estudioso deverá quebrar alguns de seus paradigmas construídos muitas vezes na época da faculdade.

Veja: quando uma norma permite determinada conduta, não sendo desaprovada pelo ordenamento jurídico, é plenamente permitida. Veja o exemplo:

Ex. mulher é estuprada, procura o médico e aborta. Veja: o Código Penal, no art. 128, inciso II, permite que o médico aborte se a gravidez resulta de estupro e há consentimento da gestante.

A doutrina clássica sempre viu este exemplo como uma causa excludente de antijuridicidade (descriminante), mais precisamente, o exercício regular de um direito.

Assim, o fato seria típico, mas não seria antijurídico.

Conforme a teoria da tipicidade conglobante, este “exercício regular de um direito” nada mais seria do que um fato atípico, ou seja, não haveria tipicidade material.

Conforme vimos no texto que fiz sobre a teoria do delito (está em textos complementares de penal), o fato para ser materialmente típico precisa preencher três requisitos, de acordo com a teoria constitucionalista do delito:

a) Juízo de desaprovação da conduta: criação ou incremento de risco proibido

relevante;

b) Resultado jurídico: lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico relevante;

a) imputação objetiva do resultado: o resultado deve decorrer diretamente do risco proibido criado.

No caso do exemplo do aborto, a mãe estuprada que procurou o médico e abortou não criou risco proibido pelo Direito, mas sim risco permitido pelo Direito (art. 128, II, do CP).

Dessa forma, o fato é atípico.

A teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, se o leitor prestar atenção, nada mais é do que a Teoria dos riscos permitidos de Claus Roxin.

O leitor concursário deve estar se perguntando: o que importa saber se o exercício regular de um direito, pela teoria da tipicidade conglobante, é fato atípico, e não antijurídico?

Resposta: quase tudo. Veja: se o fato é atípico, não se pode dar início a inquérito policial, tampouco ação penal. Assim, se no caso do exemplo dado fosse iniciado inquérito policial ou ação penal, caberia *Habeas Corpus* para trancá-los.

Isso não ocorreria se entendesse o exercício regular de um direito como justificante (causa excludente de antijuridicidade). Isso porque, pode perfeitamente ser iniciado inquérito policial e ação penal, uma vez que as causas excludentes de culpabilidade só podem ser reconhecidas pelo juiz.