

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

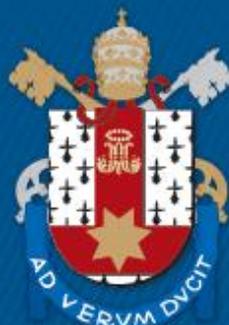
LETICIA BURGEL

O RISCO PERMITIDO EM DIREITO PENAL

Porto Alegre

2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

LETÍCIA BÜRCEL

O RISCO PERMITIDO EM DIREITO PENAL

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila

Porto Alegre

2017

LETÍCIA BÜRGEL

O RISCO PERMITIDO EM DIREITO PENAL

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Profa. Dra. Raquel Lima Scalcon

À minha amada avó Maria Bürgel.

Liebe Oma, du werdest immer bei mir sein.

AGRADECIMENTOS

Ao longo do Mestrado e da vida acadêmica sempre ouvi a mesma frase: “A vida do pesquisador é uma vida solitária, pesquisa implica solidão”. Contudo, ousou discordar, pois se assim o fosse não haveria porquê existir os agradecimentos em uma dissertação. A pesquisa talvez só exista porque implica em troca; troca de pensamentos, de ideias, de conhecimento, mas também troca de alegrias e de tristezas. E como fazer essa troca se não com outras pessoas? Em razão disso, agradeço, agora, a cada um que, de alguma forma, fez com que esse trabalho pudesse se concretizar.

Em primeiro lugar ao meu noivo, melhor amigo e companheiro de todas as horas, William Nunes Cardoso, a melhor pessoa que conheci nesses meus 23 anos de vida. Tu és o maior presente que a vida me deu e pelo qual sou grata todos os dias! Obrigada por todo o apoio que tu me deu nesses nove anos que estamos juntos. Por sempre me incentivar a seguir a carreira acadêmica e a fazer o que eu amo. Por jamais me deixar desistir, mesmo quando tudo parecia se encaminhar para que meus sonhos nunca se realizassem. Por todos os sacrifícios que tu fez por nós para que eu pudesse cursar o Mestrado e pelos muitos que tu ainda vai fazer para que eu possa seguir na academia. Por tu ser o meu melhor amigo, por estar ao meu lado sempre que eu preciso, me dizendo que tudo sempre irá dar certo, mesmo quando parece que não. E, claro, pelos dias que tu me esperava com cerveja gelada em casa por saber que eu tinha tido um dia estressante. Esse mestrado e essa dissertação não existiriam se não fosse pelo teu apoio. Não há obrigadas no mundo que possam te agradecer o suficiente!

À minha querida avó, Maria Bürgel, a quem dedico este trabalho, pelo amor incondicional que me foi dado ao longo desses 23 anos. Por tudo que ela me ensinou em vida; por me ensinar a perdoar, a ser uma pessoa generosa e fazer – e querer – sempre o bem para os outros, a ser menos egoísta, a pensar mais no próximo. Por ser a melhor amiga que a vida me deu, por ter sido uma segunda mãe para mim. O pouco tempo que tive ao seu lado foi o suficiente para fazer com que a senhora jamais seja esquecida. Vó, muito obrigada por tudo; tenho certeza que nada irá apagar tudo o que senhora fez em vida. A sua lembrança sempre irá permanecer viva em mim.

À minha mãe, Marileisa Prais da Silva, pelo apoio que me foi dado desde sempre. Por sempre incentivar minha vontade de estudar, mesmo que para isso tivesse que trabalhar domingos e feriados. As coisas para nós nem sempre foram fáceis, mas isso faz com que cada conquista tenham um sabor de vitória. Muito obrigada, mãe, pelos inúmeros sacrifícios que a senhora fez por mim, com certeza nenhum deles foi em vão!

Ao meu pai, Paulo Ricardo Bürgel, por ser um pai amigo, acolhedor, sempre com uma palavra de acalanto para fazer com que eu me sentisse melhor nos momentos difíceis. Por sempre tentar me ajudar dentro das suas possibilidades, por ter me ensinado a ser uma pessoa generosa e de bom coração. Muito obrigada, pai, por tudo!

Aos meus queridos amigos, sem os quais os momentos fora do ambiente acadêmico não existiriam e eu provavelmente teria enlouquecido ao longo deste Mestrado!

Às minhas mais fiéis e melhores amigas Isadora Dias Vargas e Caroline Radaelli Spader que merecem um agradecimento à parte, por estarem ao meu lado, mesmo que fisicamente distante, nos momentos mais difíceis que passei ao longo desse ano. Gurias, vocês são pessoas maravilhosas que eu tive muita sorte em conhecer e poder chamar de amigas. Muito obrigada por tudo! Por aguentarem meus dramas diários, que não foram poucos, por sempre terem algo positivo para me falar quando eu só via o lado ruim das coisas, por me fazerem rir nos momentos de tristeza e por sempre estarem ao meu lado quando eu precisei. Mas acima de tudo, muito obrigada por confiarem a mim a amizade de vocês!

Às “AZAMIGA”, que não podem, de forma alguma, ser esquecidas! Dora, Carol, Bárbara Pelizzaro, Quenia Nos, Magali Lopes e Grazi Greco, vocês são pessoas muito especiais que agradeço todos os dias por ter conhecido na PUC. Uma amizade como a nossa não é fácil de se encontrar. Muito obrigada a todas que, de alguma forma, colaboraram para que esse trabalho existisse.

Aos meu orientador, Professor Doutor Fabio Roberto D’Avila, por todos os ensinamentos que me foram passado ao longo desses cinco anos de pesquisa. Por acreditar e confiar em mim mesmo quando eu não acreditava. Por me incentivar a seguir a carreira acadêmica e a docência, por sempre ter uma palavra acolhedora nos momentos de crise na pesquisa, por sempre estar disposto em me atender mesmo quando não tinha tempo. Por me ensinar não apenas sobre Direito Penal, mas sobre ser uma pessoa melhor e mais humana. Muito obrigada por tudo, Professor. O que eu aprendi com o senhor ao longo desses anos não encontra em livro algum! Serei eternamente grata ao senhor por tudo!

Ao querido amigo Daniel Leonhardt dos Santos, por sempre estar ao meu lado nos momentos que precisei, pelos inúmeros conselhos que me foram dados, pelas nossas conversas, pelos nossos cafés, pela parceria na pesquisa. São pessoas como tu que fazem com que a vida acadêmica se torne mais leve. Dani, muito obrigada por tudo; esse Mestrado não teria acontecido se não fosse por ti!

À Professora Doutora Ruth Gauer, por acreditar no meu potencial e oportunizar que cursasse o Mestrado com bolsa. Seus ensinamentos, tanto dentro, como fora, de sala de aula foram essenciais para o meu crescimento como pesquisadora e como pessoa.

À Márcia Lopes, pela confiança que em mim foi depositada ao longo do Mestrado, pelas oportunidades que me foram dadas, por estar sempre disposta a nos ajudar mesmo quando não podia, por ser essa pessoa tão querida. Muito obrigada, Marcinha!

Aos queridos colegas de Mestrado que tornaram essa experiência ainda mais prazerosa. Nossas inúmeras tardes e noites juntos fizeram com que o que as vezes parecia cansativo demais se tornasse prazeroso. Em especial à Carolina Stein, um presente que o Mestrado em Ciências Criminais me deu. Por ser essa pessoa tão querida, tão iluminada, que tive a sorte de ter ao meu lado no Mestrado. Sem dúvida alguma, tudo teria sido diferente se tu não estivesse junto. Muito obrigada, Carol! Ao colega Pedro Henrique Pavanatto pela nossa parceria ao longo do Mestrado, pelos nossos artigos escritos, por nossas excursões a congressos, pelas cevas compartilhadas e por descobrir em ti um grande amigo. Obrigada Pedrão!

À querida amiga Laura Hypolito pelas nossas viagens para congresso, pelas nossas conversinhas de uma hora que pareciam durar 10 minutos. Pelos inúmeros conselhos, por ser essa pessoa tão maravilhosa que eu tive a sorte de conhecer e conviver, por ser alguém em que eu sei que posso sempre confiar e que posso sempre contar. Muito obrigada, Lau!

Às queridas amigas Mariana Marcon Cadorin e Carolina Mendes. Vocês foram dois presentes que a pesquisa me deu! É uma grande alegria e um privilégio poder acompanhar a evolução de vocês como pesquisadoras. Tenho certeza que vocês duas irão muito longe!

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais que proporcionaram meu crescimento acadêmico e pessoal nas disciplinas cursadas. Em especial ao Professor Nereu Giacomolli, Giovani Saavedra, Aury Lopes Júnior e à Professora Clarice Beatriz Sohngen.

Por último, mas não menos importante, a todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, sem os quais o programa não existiria. Especialmente, ao Andrews e ao Uilliam, o trabalho de vocês faz com que tudo isso seja possível e que sonhos, com o meu, se realizem todos os dias. Muito obrigada a todos!

ABRACE

Abrace todas as pessoas que puder, com muito amor.

Abrace também os inimigos, se tiver, são eles os que mais precisam do teu abraço.

Abrace aqueles que estão distantes, mas que moram no teu coração com um grande “abraço mental”.

Abrace seus sonhos, descobrindo caminhos para realizá-los.

Abrace suas frustrações, não se sentindo menor e sim mais forte e experiente.

Abrace seu trabalho, agradecendo esta oportunidade.

Abrace seus erros, não os repetindo.

Abrace novas metas e caminhos.

Abrace tudo, até seus problemas, porque eles precisam da sua atenção para serem resolvidos.

Nunca fique de braços cruzados diante de uma situação. ABRACE-A.

Aprenda o “poder do abraço” e seja mais feliz. Comece dando um “super abraço” no seu coração, aceitando, respeitando e admirando a pessoa que és.

Autor Desconhecido

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo investigar o instituto do risco permitido no âmbito do Direito Penal, questionando sua importância na teoria do delito. Busca-se verificar se o risco permitido é uma categoria necessária para o Direito Penal ou se existem outras categorias que desempenhem a mesma função. Ademais, questiona-se se ela pode ser tida como uma categoria autônoma pelo Direito Penal, e quais as implicações da sua admissão ou não admissão. Por fim, pretende-se, fundamentalmente, verificar quais parâmetros devem ser considerados pelo julgador no momento da análise do caso concreto, de modo a determinar se o risco criado pelo agente era um risco permitido, ou se deve ser reconhecido como proibido pelo Direito Penal. Busca-se, portanto, questionar qual deve ser o critério levado em consideração para determinar quando um risco deve ser proibido pelo Direito Penal.

Palavras-chave: Risco permitido. Imputação do resultado. Teoria da imputação objetiva.

ABSTRACT

This research aims to investigate the institute of allowed risk in the Criminal Law area, questioning its importance in the crime theory. It seeks to verify whether the allowed risk is a necessary category for Criminal Law or if there are other categories that have the same function. In addition, it is questioned if it can be considered as an autonomous category by the Criminal Law, and what are the implications of its admission or non admission. Finally, it is fundamentally intended to verify which parameters should be considered by the judge at the time of the analysis of the concrete case, in order to determine if the risk created by the agent was an allowed risk, or whether it should be recognized as prohibited by Criminal Law. It seeks, therefore, to question which should be the criterion that should be taken into account to determine when a risk should be prohibited by criminal law.

Keywords: Allowed risk. Imputation of the result. Theory of objective imputation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A PROBLEMÁTICA DO RISCO NO DIREITO PENAL	17
1.1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE RISCO E PERIGO	20
1.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONCEBER O RISCO PROIBIDO COMO CATEGORIA DOGMÁTICA AUTÔNOMA	23
1.3 O RISCO PERMITIDO NA TEORIA DO DELITO	27
1.4 RISCO PROIBIDO: <i>DESVALOR</i> DA AÇÃO OU DO RESULTADO?	35
2 O RISCO PERMITIDO COMO A CATEGORIA AUTÔNOMA NO DIREITO PENAL	43
2.1 A DIFERENÇA ENTRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E O RISCO PERMITIDO	43
2.2 A DIFERENÇA ENTRE O DEVER DE CUIDADO E O RISCO PERMITIDO	51
2.2.1 Aspectos gerais do dever de cuidado na teoria do delito.....	51
2.2.2 Proposta de diferenciação do dever de cuidado do risco permitido.....	63
2.3 A DIFERENÇA ENTRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E O RISCO PERMITIDO	66
3 CRITÉRIOS PARA DETERMINAR O RISCO PROIBIDO EM DIREITO PENAL	72
3.1 AS NORMAS COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DO RISCO PERMITIDO	75
3.1.1 As normas penais	80
3.1.2 As normas extrapenais	81
3.1.3 As normas técnicas.....	86
3.2 SOLUÇÕES EXTRANORMATIVAS	90
3.2.1 A ponderação de interesses como critério	91
3.2.2 O homem médio como critério	94
3.2.3 A (ir)relevância das capacidades individuais do agente na determinação do risco proibido	98
3.2.4 A previsibilidade como critério.....	103
3.3 TOMADA DE POSIÇÃO	105
CONCLUSÃO	113

REFERÊNCIAS117

INTRODUÇÃO

A complexidade das relações na sociedade contemporânea faz com que as questões que envolvem o estudo do risco estejam cada vez mais em voga. Assim, o Direito e, por conseguinte, o Direito Penal passam a se ocupar dessa problemática, a fim de verificar quais as consequências e os desafios que a nova sociedade do risco impõe a eles.¹

Tendo em vista a essencialidade de algumas atividades que comportam um grau considerável de risco, o direito se vê impossibilitado de proibi-las, devendo tolerá-las. No entanto, não se pode simplesmente admitir todo e qualquer risco que advenham dessas atividades, motivo pelo qual se impõe ao direito a necessidade de regulamentação, de modo a mantê-las em um patamar de perigo tolerável, criando, para tanto, uma multiplicidade de regras de cuidado. O aumento dos instrumentos ou produtos tecnológicos potencialmente danosos acaba por potencializar também o crescimento, muitas vezes além do que seria proporcional, das regras de cuidado.²

O presente trabalho não pretende ocupar-se da sociedade do risco e do risco como elemento sociológico, mas sim a respeito do risco tido como proibido pelo Direito Penal. Buscaremos realizar uma análise teórico-dogmática acerca desse instituto, o qual é trazido por Claus Roxin como um critério de imputação do resultado em sua teoria da imputação objetiva, na qual se pretende analisar a importância que o referido instituto possui na teoria do delito, bem como a forma pela qual a doutrina o tem compreendido, delimitado e conceituado.

O problema que se levanta para discussão é se seria o risco permitido uma categoria autônoma; como a doutrina enxerga este instituto dentro da teoria do delito; se o risco permitido é necessário para o Direito Penal, ou se haveriam outras categorias similares a ele que cumpririam a mesma função, não havendo necessidade da sua utilização; como se pode determinar quando um risco passa a ser proibido pelo direito penal e quais os parâmetros apontados pela doutrina para a sua determinação.

O fato de pouco se discutir a respeito do risco permitido, faz com que pouco se saiba acerca da sua conceituação. Parte da literatura limita-se a afirmar que o risco proibido seria o risco que não é permitido. No entanto, tal afirmação é, na verdade, vazia de sentido. Dessa forma, não se sabe o que é – ou deve ser – o risco permitido, e o que é um risco proibido

¹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23ss.

² COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 481.

pelo Direito Penal. Essa nebulosidade que paira sob essa categoria oferece ao julgador uma margem de discricionariedade demasiado elevada. Não se sabe, assim, quais os critérios que se deve levar em consideração no momento da análise do fato para determinar se o risco criado pelo agente era permitido, ou se deve ser reconhecido como proibido pelo Direito Penal.

Em razão disso, o presente trabalho não pretende solucionar todos estes questionamentos, mas colocá-los em pauta novamente para a discussão, traçando um panorama de como a doutrina tem enxergado o risco permitido dentro da teoria do delito, e quais os parâmetros que são apontados pela mesma como forma de determinar quando o risco deverá ser considerado como proibido pelo Direito Penal.

Para tanto, dividiremos o presente estudo em três partes.

A primeira, tratará dos aspectos gerais que envolvem o risco permitido, como, por exemplo, o surgimento pelo interesse em seu estudo e como essa problemática se coloca para o Direito Penal. Buscaremos, ademais, pontuar de forma breve as diferenças ressaltadas pela doutrina entre perigo e risco, conceitos que não são tidos comumente como sinônimos, especialmente por aqueles que realizam um estudo sociológico do risco.

Em seguida, questionar-se-á a respeito do papel que o risco permitido ocupa dentro do Direito Penal; se seria ele uma categoria necessária; e se necessária, autônoma. Ou seja, se reconhecida a sua importância dentro da teoria do delito, tal critério poderia ser reconhecido como um critério autônomo de imputação; ou seria ele um critério absolutamente desnecessário, seja por possuir o mesmo papel que outros critérios já existem ou em razão da dificuldade em determinar o que seria o risco permitido.

No ponto seguinte, questionaremos acerca da sua localização na teoria do delito; se elemento da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. Ocasão em que se traçará um breve panorama a respeito de como o estudo do risco passou a ter relevância para o Direito Penal, o que, diferentemente do que se comumente acredita, remonta a tempos anteriores ao surgimento da sociedade do risco.

Por fim, abordaremos ainda a discussão se o risco proibido seria elemento do *desvalor* da ação ou do resultado. Apesar de tal ponto parecer estar pacificado na doutrina, que, majoritariamente, sustenta que o risco proibido seria elemento do *desvalor* da ação, pretende-se colocar em questionamento os argumentos trazidos por alguns dos autores que defendem essa posição, apresentando-se, ademais, o entendimento de quem sustenta que o risco proibido seria, na verdade, elemento do *desvalor* do resultado.

A segunda parte do presente trabalho tem como objetivo confrontar a hipótese sustentada na primeira parte, qual seja, que o risco permitido pode, sim, ser reconhecida como

uma categoria autônoma pelo Direito Penal. Para tanto, realizar-se-á uma comparação entre o risco permitido e alguns institutos da teoria do delito que são tidos como análogos ao do risco, de modo a verificar se o que foi sustentado na primeira parte deste trabalho se confirma.

O primeiro cotejo será entre o risco permitido e o princípio da adequação social. O princípio da adequação social foi desenvolvido por Welzel com o intuito de limitar o âmbito da tutela penal, uma vez que as condutas tidas como socialmente adequadas por uma sociedade não poderiam ser consideradas ilícitas pelo Direito Penal. Nessa concepção, ainda que essa conduta pudesse ser subsumida a um tipo penal, a mesma não poderia ser reconhecida como típica, em razão do seu reconhecimento social como normal ou adequada. Assim, afirma-se que o risco permitido seria idêntico ao princípio da adequação social, não havendo a necessidade de existirem dois critérios com uma mesma função. No entanto, veremos que muitos autores irão apontar diferenças, e, por decorrência, funções distintas na teoria do delito.

Em seguida, buscaremos diferenciar o risco permitido do dever de cuidado, o que, ao nosso ver, não é uma tarefa fácil, uma vez que a doutrina, de forma majoritária, reconhece ambas categorias como sinônimas. Para que seja possível diferenciá-las, faz-se necessário um breve estudo acerca do dever de cuidado, no qual analisaremos seus desdobramentos, como o dever de cuidado objetivo, subjetivo, interno e externo; bem como a importância que os conhecimentos individuais do agente possuem na sua determinação, frente ao critério do homem médio; analisando, ainda, a questão das normas como forma de delimitação do dever de cuidado.

Expostas as questões preliminares que envolvem o dever de cuidado, nos ocuparemos da possibilidade de reconhecer uma diferença entre ele e o risco permitido. A doutrina pouco discute a respeito dessa diferenciação, uma vez que se entende que ambas as categorias podem – e devem – ser tidas como sinônimas. Contudo, para que possamos reconhecer o risco permitido como uma categoria autônoma e necessária para o Direito Penal, tal distinção se mostra imprescindível, embora não fácil, seja pelo escasso número de defensores de tal distinção, ou pelo nível de dificuldade para traçar essa diferenciação no plano teórico. No entanto, apesar da dificuldade que se apresenta, este estudo tentará traçar essa diferenciação a fim de confirmar as hipóteses sustentadas na primeira parte deste trabalho.

Ao final do segundo ponto, buscaremos verificar a existência de uma diferença entre o risco permitido e o princípio da confiança. O princípio da confiança consiste em um dos critérios da teoria da imputação objetiva que tem como função afastar a imputação do resultado nos casos em que o agente age de forma adequada, de modo que, quando assim o faz, pode ele confiar no fato de que os demais agentes assim também agirão. A doutrina muito discute acerca

da identificação do princípio da confiança e do risco permitido, sustentando a sua aglutinação ao risco permitido e a sua desnecessidade. Assim, questiona-se se ambos devem ser reconhecidos como idênticos, ou se, pelo contrário, constituem categorias autônomas.

Na terceira e última parte, pretende-se realizar uma análise acerca dos parâmetros apontados pela doutrina como indicadores do limite do risco tido como tolerado – leia-se, permitido. Apresentaremos, primeiramente, o critério negativo usado por muitos autores como forma de determinar quando um perigo é permitido. Esse critério determinaria o risco que seria proibido ao expor o que não tem relevância para o Direito Penal.

Em seguida trataremos do critério que possui melhor aceitação na doutrina quando se fala em limitação do risco permitido, as normas, que são divididas em normas penais, extrapenais e extrajurídicas – também chamadas de regras técnicas. Essas normas seriam responsáveis por regulamentar atividades que comportem um grau de perigo considerável ou elevado. As normas penais, como o próprio nome indica, fazem parte do ordenamento jurídico-penal, e determinariam quando um risco passa a ter relevância para o Direito Penal. As normas extrapenais consistem em normas jurídicas alheias à esfera penal; seriam as normas administrativas, de trânsito, trabalhistas etc. Já as normas extrajurídicas – ou regras técnicas – seriam normas que se encontram fora do âmbito jurídico, não sendo, portanto, criadas pelo legislador, mas sim por instituições privadas que buscam reduzir o risco que se produz na prática de certas atividades; como ilustra a denominada *lex artis*.

A discussão acerca da utilização das normas como parâmetro para determinar o nível do risco considerado como proibido pelo Direito Penal, por óbvio, não diz respeito às normas penais, as quais se presumem legítimas – ou seja, que a conduta tipificada seja dotada de ofensividade e tutele um bem jurídico com dignidade penal. Os problemas surgem quando se admite que normas fora da esfera penal e fora da esfera jurídica possam determinar quando um risco terá relevância para o Direito Penal. Em razão disso, a doutrina irá se dividir entre aqueles que acreditam que as normas jurídicas extrapenais e as regras técnicas não podem ser tidas como parâmetro para determinar o perigo tido como proibido pelo Direito Penal, e aqueles que acreditam que podem.

Contudo, nem todas as situações são contempladas e regulamentadas por normas. Questiona-se, portanto, como serão tratadas as situações em que não há regulamentação normativa? Nesses casos, quais devem ser os parâmetros a ser utilizados para determinar o limite do permitido? A doutrina divide-se ao tentar responder a estes questionamentos. Assim, procuraremos abordar no presente estudo os principais parâmetros referidos pela doutrina.

O primeiro deles seria a ponderação de interesses, em que se realiza uma análise de custo e benefício, onde o custo seria o risco e o possível dano a bens jurídicos, e o benefício seria a liberdade de ação. Nessa concepção, quando maior for o benefício trazido por uma atividade, maiores serão os riscos admitidos. Esse critério resumiria a determinação do risco permitido quase que a um cálculo matemático. Tal fato faz com que ele acabe sendo objeto de inúmeras críticas, conforme iremos levantar ao longo deste estudo.

Outro parâmetro trazido é o do homem médio, em que se compara a conduta do agente real com a conduta que seria praticada hipoteticamente por um homem ideal, fictício, de modo que se ambas as condutas coincidirem o resultado não poderá ser imputado ao sujeito. Esse critério é objeto de uma vasta discussão, sendo, ademais, alvo de inúmeras críticas, o que nos fará questionar tanto a sua necessidade, bem como a sua utilidade na determinação do limite do permitido.

Indo de encontro ao critério anteriormente referido, questiona-se se as capacidades individuais do agente podem influir na determinação do nível de risco a ser considerado proibido pelo Direito Penal. Como veremos, tal ponto, assim como o anterior, não se encontra pacificado, havendo quem entenda que a ponderação dos conhecimentos e capacidades individuais do agente são essenciais para determinar se o risco por ele criado era permitido ou proibido, ao passo que outros entendem que tal questionamento não teria qualquer relevância, ao menos no âmbito da tipicidade.

Por fim, traremos um último critério apontado pela doutrina como delimitador do nível do risco tolerado: a previsibilidade. Nessa concepção, o risco criado pelo agente somente poderia ser reconhecido como proibido se a produção de um resultado lesivo aparecesse como provável; quanto maior a probabilidade de ocorrência de uma lesão, maior seria o risco que determinada atividade comportaria. Questiona-se, neste ponto, se a previsibilidade pode – e deve – ser considerada como parâmetro para determinar o perigo proibido pelo Direito Penal.

Em síntese, pretende-se no presente trabalho realizar uma discussão acerca do risco dentro da teoria do delito, problematizando-o, tornando possível a compreensão das complexidades que este instituto – o qual, muitas vezes, é deixado de lado em prol do estudo de outros pontos problemáticos que envolvem a teoria da imputação objetiva – abarca, de modo a reconhecer a importância que o mesmo representa para o Direito Penal Contemporâneo; buscando traçar um panorama de como a literatura tem compreendido este tema.

1 A PROBLEMÁTICA DO RISCO NO DIREITO PENAL

Vivemos em uma sociedade marcada pelo desenvolvimento da técnica e da ciência. Contudo esse desenvolvimento nem sempre traz consigo apenas benefícios; o avanço tecnológico e científico pode, muitas vezes, representar a criação de novos perigos para a vida em sociedade.³ Os perigos decorrentes da evolução social são, não raras vezes, desconhecidos, não se sabendo quais lesões podem desencadear, e nem mesmo a dimensão dessas lesões. O fato de não ser possível inocuízá-los por completo, e nem mesmo permanentemente, faz com que o Direito Penal tenha como objetivo não eliminá-los, mas controlá-los.⁴ Esses riscos passam, portanto, a ser tolerados⁵ e tidos como permitidos,⁶ pois se não o fossem, inviabilizariam a vida em sociedade.⁷ A sua limitação se daria através de deveres de segurança, em que se permitiria a prática de determinadas atividades desde que realizadas dentro de certos limites. O risco permitido seria um perigo residual existente nas atividades toleradas socialmente em face da sua relevância social.⁸

Algumas condutas talvez não seriam tidas como permitidas se não fosse do interesse da sociedade a sua aprovação. Pensemos aqui na indústria, nos meios de transportes, nos esportes e no exercício de outras profissões que acarretem um perigo considerável para as pessoas. Essas atividades somente podem ser toleradas se reconhecido os interesses daqueles que as colocam em prática, se assim não o fosse, jamais poderiam ser tidas como permitidas.

³ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. p. 267.

⁴ GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, v. 14, 2006. p. 41.

⁵ Segundo Pizarro de Almeida o risco é “uma entidade dinâmica, relacional, que depende do modelo construído pelo sujeito e dos valores atribuídos a cada uma das variáveis que integram esse modelo. Não admira, pois, que o conceito de risco seja muito mais recente do que os conceitos de perigo ou de incerteza: enquanto estes se apresentam ao indivíduo como realidades externas do quotidiano, o conceito de risco tem de ser construído e a sua utilidade está ligada à tomada de decisões (as quais implicam correr riscos para alcançar objectivos). Neste sentido, o conceito de risco está intimamente ligado à ideia de jogo: trata-se de fazer opções quanto ao valor da aposta – dependendo da probabilidade de ganhar a lotaria, do montante do prémio, da disponibilidade do indivíduo para fazer o sacrifício inerente à aposta”. (PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 46.)

⁶ De acordo com Reyes Romero: “el riesgo permitido tiene que entenderse como la tolerancia del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo. Como no es posible evitar todo riesgo, entonces las exigencias de cuidado se estructuran como incumbencias razonables que siempre implican un riesgo residual de resultado lesivo pero carente de responsabilidad.” (REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 152.)

⁷ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

⁸ ANGARITA, Andrés Eduardo Berdugo; BLANQUICET, Manuel José Cadrazco et al. La imputación objetiva en el derecho disciplinario. In: *Derecho Penal y Criminología*. V. 34. N. 97, 2013. p. 134.

Esses interesses não podem representar apenas os interesses de alguns indivíduos, mas sim todo um complexo de interesses que envolve a vida em sociedade, o progresso do homem e até mesmo a inevitabilidade da vida moderna.⁹

Dessa forma, não há dúvidas que inúmeras atividades praticadas em nosso cotidiano podem acarretar diversos danos, contudo, ainda que se possa prever a sua ocorrência, tal fato não faz com que a conduta possa ser considerada como proibida pelo Direito Penal. Um exemplo comumente mencionado é o trânsito de veículos, o qual apesar de conter um grau elevado de perigo, é tido como uma atividade socialmente necessária.¹⁰

Sabe-se que o trânsito de veículos constitui um risco relevante para a sociedade – especialmente se considerarmos o elevado número de acidentes que ocorrem ao longo dos anos - contudo, essa atividade é tida como permitida pelo legislador. Apesar de ser admitida como permitida, essa permissão se dá apenas em determinados níveis, razão pela qual existem normas que determinam os limites de atuação dos agentes no trânsito, com o intuito de limitar os perigos advindos da prática dessa atividade a um patamar aceitável. Observados esses patamares, não se poderia falar em risco proibido, ainda que sobrevenha uma lesão.¹¹ Assim, na concepção de Martinez Escamilla, poderíamos definir o risco permitido como “aquele que acompanha a un comportamiento realizado observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel”.¹²

Apesar das tentativas em delimitar o que seria, de fato, o risco permitido, há ainda muita discussão a seu respeito, de modo que tal conceito ainda se encontra carente de uma precisão semântica.¹³ Há quem diga tal conceituação seria um inalcançável, sendo impossível a sua determinação com precisão, bem como a definição da sua função dentro do Direito Penal. Contudo, Mascarenhas Júnior afirma que ainda que se trate de um conceito de difícil definição e delimitação, não se poderia negar a existência de um substrato comum para a discussão a seu

⁹ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 58.

¹⁰ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 8.

¹¹ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 24.

¹² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 135.

¹³ Porciúncula refere a tentativa de Kindhäuser de fundamentar o conceito de risco permitido com base na Teoria da Justiça de Rawls. Ele afirma que “el riesgo permitido surge de una aceptación social de interacciones peligrosas (en abstracto) en determinados ámbitos de la vida y, en concreto, de interacciones a propósito de las cuales los futuros autor y víctima se hallan cubiertos por un velo de ignorancia”. Nessa concepção, os sujeitos que determinariam quais seriam os riscos tidos como permitidos estariam cobertos por um véu de ignorância, ou seja, estariam alheios às situações e interesses da sociedade, o que faria com que os mesmos levassem em conta os interesses de todos na determinação do risco tolerado, assegurando uma igualdade nas decisões. (PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo <<objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. Hacia la <<exteriorización de lo interno>>. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014. p. 247ss.)

respeito, que seria, ao ver do autor, a consciência socialmente formada pelo povo. Ou seja, cada sociedade formaria uma consciência do que poderia ser admitido como um risco permitido. Essa concepção criada em conjunto faria com que cada membro da sociedade tivesse consciência do que seria permitido e do que seria proibido.¹⁴

Contudo, entendemos que a definição proposta por Mascarenhas Júnior, em que pese seja válida, não se mostra como a solução mais correta. Por óbvio que se deve levar em consideração a sociedade sob a qual o risco incide, entretanto, não será apenas isso o determinante para definir se terá ou não relevância para o Direito Penal. Como iremos ver ao longo do presente trabalho, a questão do risco envolve uma infinidade de complexidades, não podendo ser reduzida ao que o autor propõe. Em razão disso, acreditamos que, sim, o contexto social possui importância na determinação do perigo que será admitido como permitido, contudo, não será ele o único e mais importante critério para a sua determinação.

Para Reyes Romero,

el riesgo permitido tiene que entenderse como la tolerancia del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo. Como no es posible evitar todo riesgo, entonces las exigencias de cuidado se estructuran como incumbencias razonables que siempre implican un riesgo residual de resultado lesivo pero carente de responsabilidad.¹⁵

A vinculação do risco permitido ao dever de cuidado - relação que, assim, como Reyes Romero, também é feita por Meckel -¹⁶ importa em reconhecer que o risco permitido seria aplicável apenas aos delitos culposos. Para Reyes Romero, não seria possível aplicar o princípio do risco permitido nos crimes dolosos pois nesses casos o agente possui conhecimento de que sua conduta causará o resultado típico. Ele traz como exemplo o condutor que dirige sob a velocidade permitida e que atropela um pedestre, tendo aquele observado a presença deste com antecedência, vendo que o pedestre atravessava a rua em local indevido, sem, contudo,

¹⁴ O autor assim exemplifica: “É intuitivo, por exemplo, que o risco seja algo que preceda a qualquer regulamentação jurídica, porque já faz parte da natureza social do contato humano nas mais elementares e naturais formas de expressão: num beijo a uma pessoa querida, numa doação de alimento a quem dele precise, na transmissão de uma boa notícia a quem se deseja ver feliz, etc.

Em todas essas interações existe um dado risco inculdo; no beijo, a possibilidade de transmissão de uma doença; na doação de alimento, a possibilidade de uma infecção pelo estado de conservação da comida; na transmissão da notícia, a possibilidade da causação da morte pelo estado emocional delicado de quem a recebe, etc.

No entanto, por tão naturais e imprescindíveis para a convivência humana, o legislador não precisa interferir de modo algum. Esses riscos legitimam-se historicamente, de tão usuais e frequentes; o tempo é quem se encarrega de torna-los parte integrante da vida de todos.” (MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 78s.)

¹⁵ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. P. 152.

¹⁶ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 8.

diminuir a velocidade, de modo que se o fizesse o resultado teria sido provavelmente evitado. Nesse caso, o autor afirma que ainda que o agente estivesse dentro do risco permitido, a imputação não poderia ser afastada,¹⁷ pois o agente era suficientemente capaz de evitar o resultado.¹⁸

Em razão da grande discussão por parte da doutrina acerca de diversos aspectos do risco permitido, não se sabe se ele é, de fato, um instituto que tenha relevância jurídica, ou se pode ser suprimido e substituído por outras categorias dogmáticas; qual o seu lugar sistemático dentro da teoria do delito; se teria conteúdo material ou se seria apenas um requisito formal; se pertencente ao *desvalor* da ação ou do resultado. Diante disso, o presente capítulo irá se ocupar desses questionamentos, com o intuito de verificar como a literatura vem se posicionando acerca dos mesmos.

1.1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE RISCO E PERIGO

Muito se discute a respeito da diferenciação entre risco e perigo. Por muito tempo, ambos foram consideradas como categorias sinônimas, ou complementares. Contudo, passou-se a realizar uma distinção de ambas categorias,¹⁹ considerando o perigo como uma

¹⁷ Contudo, não concordamos com o sustentado pelo autor. O autor sustenta que o risco permitido estaria relacionado ao tipo subjetivo, e por isso a sua relação com a análise da vontade do agente. No entanto, parece-nos que o risco permitido se relaciona com o tipo objetivo. O grande problema em realizar uma análise no tipo subjetivo é o fato de não se ter parâmetros gerais (comuns) para todos os cidadãos. Dessa forma, aquele que dirige a 40km/h e vê um pedestre cruzando a rua, o qual por sinal é seu inimigo mortal, e acaba atropelando o mesmo, ainda que dolosamente, terá sua conduta, a qual seria tida como permitida se analisada no tipo objetivo, igualada à daquele que dirige a 160 km/h e atropela um pedestre. Por isso a importância de realizar a análise a respeito do risco permitido no tipo objetivo. Nesse momento não importa para o direito penal a vontade do agente; importa apenas se a conduta dele criou um perigo para o bem jurídico tutelado pela norma penal. Dessa forma, se analisássemos primeiramente a vontade do agente, estaríamos punindo condutas sem qualquer nível de ofensividade, ou seja, sem qualquer relevância penal; punindo, portanto, apenas as vontade do sujeito.

¹⁸ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. P. 160.

¹⁹ Pizarro de Almeida propõe a seguinte distinção: “O perigo corresponde a uma probabilidade elevada de um dano objectivo se verificar.

O risco corresponde a uma probabilidade, mensurável, de uma acção desencadear um dano (um resultado desvantajoso) virtual; é um perigo potencial.

Note-se que, embora o perigo acompanhe a verificação de um risco elevado, não faço coincidir as duas realidades, pelo que não subscrevo o critério quantitativo. A distinção é de natureza, não de quantidade.

Exemplificando: em sede de imputação objectiva, quando se diz ‘criar um risco (proibido) que se concretiza no resultado’, esse risco consiste numa probabilidade de o resultado se verificar na sequência da acção (probabilidade aferida em abstracto, de acordo com as regras da causalidade e adequação). O objecto corre perigo (ex ante) e, a final, é vítima de dano. O risco reporta-se à acção do indivíduo, o perigo ao objeto.

O risco tem ínsito um carácter dinâmico, enquanto o perigo é preponderantemente passivo. Estará relacionada com esta diferença, intuindo-a, a teoria que distingue entre risco e perigo por, alegadamente, o primeiro se reportar a efeitos da acção humana e o segundo a eventos naturais. E, de algum modo, também podemos estabelecer uma relação com o facto de o termo risco só ter surgido muito mais tardiamente, quando os seres humanos se viram confrontados com opções que envolviam um alto grau de incerteza.” (PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever*

possibilidade plausível de dano;²⁰ e relacionando o risco à tomada de decisões; ou seja, estaríamos diante de um risco quando a decisão tomada por aquele que a pratica seria capaz de gerar um dano.²¹ Assim, a decisão seria o ponto diferencial entre o risco e o perigo.²²

De acordo com Pizarro de Almeida “o risco é uma entidade dinâmica, relacional, que depende do modelo construído pelo sujeito e dos valores atribuídos a cada uma das variáveis que integram esse modelo.” Em razão disso, o conceito de risco seria mais recente que o conceito de perigo, pois o perigo se apresentaria aos indivíduos como

(...) realidades externas do quotidiano, o conceito de risco tem de ser construído e a sua utilidade está ligada à tomada de decisões (as quais implicam correr riscos para alcançar objectivos). Neste sentido, o conceito de risco está intimamente ligado à ideia de jogo: trata-se de fazer opções quanto ao valor da aposta – dependendo da probabilidade de ganhar a loteria, do montante do prémio, da disponibilidade do indivíduo para fazer o sacrifício inerente à aposta.²³

Nessa concepção, o perigo estaria ligado a causas externas, alheias ao controle daquele que pratica a conduta; ao passo que o risco adviria exatamente da decisão de praticar uma determinada ação. O risco estaria sob o controle do agente, enquanto o perigo estaria posto a ele como uma condição a qual ele não tem como interferir por ser alheia a ele.²⁴

Segundo Faria Costa:

(...) se centralizarmos a nossa atenção sobre uma tal noção de incerteza do resultado negativo, estaremos perante o perigo, e se a projectarmos no resultado positivo, estar-se-á em face de uma situação de <<sorte>>. Todavia, se nos colocarmos em uma

de cuidado como modelo de gestão do risco. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 48s.)

²⁰ Segundo Koriath: “onde não há perigo, também não há risco. Contudo, nem todo perigo é um risco. Pode-se dividir essas duas condições, para que fique mais clara a sua compreensão, da seguinte forma: Perigos são causas potenciais de dano. (...) De forma oposta ao perigo, refere-se o risco (irreduzível) à probabilidade.” (tradução nossa) “Wo keine Gefahren sind, gibt es auch keine Risiken. Aber nicht jeder Gefahr ist ein Risiko. Man kann sich die Trennung dieser beiden Begriffe folgendermassen klar machen: Gefahren sind potentielle kausale Ursachen für Schäden. (...) Im gegensatz zur Gefahr bezieht sich das Risiko (irreduzibel) auf Wahrscheinlichkeit.“ (KORIATH, Heinz. *Kausalität und objektive Zurechnung*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 87.)

²¹ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 69.

²² “Para Luhman, a diferença entre perigo e risco depende da posição do sujeito. Quando alguém deve tomar uma decisão, considera as possíveis desvantagens da mesma e respectiva probabilidade, avaliando-as como riscos (que está disposto a correr – ou não – a troco de vantagens). O risco aparece assim ligado à escolha entre duas, ou mais, opções.” (PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 47.)

²³ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 46

²⁴ DAVID, Marília Luz. Sobre os conceitos de risco em Luhmann e Giddens. In: *Revista Eletrônica dos Pós Graduaandos em Sociologia Política da UFSC*. V. 8, n. 1, jan./jul., 2011. p. 33s.

atitude intelectual que assuma projectivamente os dois resultados (o positivo e o negativo) fala-se, então, em uma situação de risco.²⁵

Serrano refere que:

A diferença risco/perigo indica que, para ser definido o conceito de risco, precisamos do conceito de perigo e o oposto. Por exemplo, uma inundação é um perigo, porém, aquele que constrói sua casa no leito de um rio expõe-se a um risco. Um furacão é um perigo, mas quem provoca o aquecimento global se (e nos) expõe a um risco.²⁶

Contudo, ao trabalharmos com a noção de risco no âmbito do Direito Penal, e como categoria dogmática, deve-se levar em considerações outros elementos, e não apenas a tomada de decisão pelo agente que pratica a conduta, mas também elementos pertencentes à teoria do delito que auxiliem na verificação da imputação do resultado. Dessa forma, somente podemos falar em risco, para fins de direito penal, quando estivermos diante de uma situação de perigo, onde a ocorrência de um resultado danoso seja previsível.²⁷ Cocoy Bidasolo sustenta que o perigo seria “un concepto extra-penal, es el punto de partida o indicio que debe servir para fundamentar y legitimar después la atribución de relevancia penal de un determinado riesgo”.²⁸

Martínez Escamilla considera que existem diferentes noções de perigo ou de risco na análise da imputação. A primeira delas diz respeito ao perigo como característica de uma ação, o qual estaria relacionado à noção de perigosidade. Nesse caso, o perigo seria um atributo da conduta. A segunda noção refere-se ao perigo como uma situação que precede a lesão ao bem jurídico, seria um estado de posta em perigo, um estado separado da ação dotada de perigosidade. A primeira noção, relacionada à perigosidade, configuraria o *desvalor* da ação, e a segunda o *desvalor* do resultado, devendo ser constatada *ex post* levando em consideração os dados conhecidos *ex ante* e *ex post*. A diferença entre essas duas noções estaria no juízo utilizado para a sua análise. Enquanto na perigosidade faríamos um juízo *ex ante*, no perigo como estado seria realizado um juízo *ex post*.²⁹

Apesar das alegações de que risco e perigo seriam categorias distintas, entendemos que, no âmbito da análise da teoria da imputação objetiva, risco e perigo podem ser tidos como

²⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 611.

²⁶ SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. In: *Novos Estudos Jurídicos*. V. 14, n. 2, 2009. p. 233s.

²⁷ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 69s.

²⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*. N. 13, 2003. p. 39.

²⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 54ss.

categorias idênticas,³⁰ pois o perigo nada mais é do que o risco de lesão ao bem jurídico,³¹ ou seja, risco é perigo.³² Em razão disso, por razões metodológicas, iremos nos referir ao longo do presente trabalho a ambos como sinônimos.³³

1.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONCEBER O RISCO PROIBIDO COMO CATEGORIA DOGMÁTICA AUTÔNOMA

³⁰ Nesse sentido também entende: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 51; KINDHÄUSER, Ürs. Incremento del riesgo y disminución del riesgo. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 581; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 364ss; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 83; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. “Aberratio Ictus” e imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, fasc./ mes 2, 1984. p. 370ss; PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*. dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtssprechung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. p. 103.

³¹ A respeito da conceituação de perigo, nos posicionamos no mesmo sentido que D’Avila: “A concepção de perigo como categoria normativa de ofensividade pode ser expressa na representação de ‘um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação’. Ou seja, uma realidade normativa erigida da ocorrência de um determinado resultado e o caráter desvalioso desse mesmo resultado. (...) O perigo é para nós – acompanhando a lição de Faria Costa – uma noção autônoma que, elaborada a partir da referida relação entre a conduta e a probabilidade de ocorrência de um resultado desvalioso, desvincula-se desses elementos, obtendo efetiva autonomia como objeto real – de um real-construído, sublinhe-se –, suscetível de análise. Tal aceção implica, entre outras coisas, uma clara distinção entre perigo, conduta perigosa e situação perigosa, sendo que aquela – embora possua o seu momento primacial na *situação* e, em termos prático-intencionais, com ela se confunda – não se restringe a um mero adjetivo desta, mas angaria mediante a devida abstração, plena autonomia como noção normativa relacional dotada de desvalor e, outrossim, capaz de conferir ao tipo de perigo o necessário desvalor de resultado.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 97ss.)

³² MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 83

³³ Acerca das concepções que trazem o risco para dentro do perigo D’Ávila refere: “As primeiras linhas de uma compressão dos crimes de perigo abstrato como ilícito penal fundado no *risco de lesão a bens jurídicos* podem ser encontradas nas elaborações de Volz e Rudolphi, conhecidas pela identificação do perigo abstrato com a noção de ‘aceitação do risco’ (*Eingehen des Risikos*). Em Volz, é proposta uma percepção do ilícito penal – como também da culpa (*Schuld*) – estabelecida fundamentalmente no *risco* de uma possível lesão ao bem jurídico tutelado com o qual consente o autor ao realizar a conduta geralmente perigosa. Ou seja, nos crimes de perigo abstrato estariam proibidas condutas detentoras de um risco não mais socialmente adequado cuja prática – isto é, a prática da conduta geralmente perigosa – implicaria, conseqüentemente, a aceitação do risco de lesão ao bem jurídico tutelado. (...) também Rudolphi refere que, com a realização da conduta típica de perigo abstrato, o autor aceita o risco de põr-em-perigo ou até mesmo, de lesar o bem jurídico protegido.” Contudo essas concepção ainda que tragam o risco para dentro do âmbito do perigo, a fazem na perspectiva do *desvalor* da ação, e não do resultado. “Daí que, v. g., na concepção de Volz, o critério de redução teleológica deva ser aplicado não em razão da presença ou ausência de um risco de lesão como resultado da conduta, mas da própria *aceitação* ou não do *risco*, independentemente dos seus resultados. Afinal, como já referimos, ao realizar a conduta geralmente perigosa, o autor assume o risco de que o perigo típico também esteja presente no caso concreto. Em contrapartida, na presença de cuidados especiais para a evitação do risco, realizados conscientemente pelo autor, teríamos tal aceitação excluída e, com ela, o próprio ilícito de perigo abstrato”. (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 134s.)

Alguns autores se posicionam de forma contrária à utilização do risco permitido como um critério para determinar a imputação do resultado, seja por acreditar que se trata de um conceito demasiado indeterminado, ou por enxergá-lo como desnecessário em razão da sua identificação quase que absoluta com o dever objetivo de cuidado. Há quem entenda que o risco permitido seria, na verdade, uma complementação do dever de cuidado, e, por isso, não seria uma categoria autônoma e nem mesmo necessária.³⁴

Binavince é um dos autores que irá colocar em dúvida a necessidade de se recorrer à categoria do risco para determinar se a conduta era permitida ou não. De acordo com o autor, o simples fato de uma conduta estar permitida não esclarece, na realidade, nada a respeito da ação praticada pelo agente no caso concreto, pois apenas uma determinada ação pode ser imprudente, e não uma mera atividade, de modo que se deve analisar a conduta praticada no caso concreto, sendo desnecessário verificar se a atividade era permitida ou não.³⁵

Kienapfel acredita que as soluções propostas pelo princípio do risco permitido não são sempre as mesmas, ou seja, não são uniformes. Em razão disso, ele chega à conclusão de que o risco permitido não seria necessário,³⁶ pois as demais categorias dogmáticas estariam aptas para resolver esses problemas. Segundo ele, as categorias como o conceito normativo de ação, os critérios interpretativos do tipo, as causas de justificação e as categorias que compõem os delitos negligentes seriam suficientes, não sendo necessário recorrer ao risco permitido. Dessa forma, o risco permitido não seria, ao ver do autor, um princípio uniforme, nem mesmo uma categoria dogmática autônoma, mas apenas um conceito genérico para justificar a não punição de uma conduta, o que poderia ser justificado de outras maneiras através das categorias da dogmática tradicional.³⁷

³⁴ Garcia refere Kindhäuser como um dos autores que sustenta que o risco permitido é, na verdade, um critério de exclusão do dever de cuidado. O autor assim refere: “Kindhäuser considera o risco permitido critério de *exclusão da lesão do dever de cuidado* que faz parte do tipo de injusto negligente. (...) Para esse autor, o risco permitido somente ‘autoriza’ a lesão do bem jurídico se o autor da conduta *não pode evitar a lesão por total impossibilidade de fazê-lo*. O risco permitido não autoriza nenhum direito de ingerência na esfera alheia. O autor só estaria liberado do dever de não causar danos a outros, na medida em que o dano seria atribuído ao infortúnio ou acaso, ou se não seria razoável exigir do cidadão um sacrifício para impedir o dano causado.” (GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 59, v. 14, 2006. p. 49s.)

³⁵ BINAVINCE, Emilio S. *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*. Bielefeld, 1969. p. 73. *apud* GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del injusto imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. p. 148.

³⁶ Nesse sentido também: PREUSS, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*. Duncker & Humblot: Berlin, 1974. P. 227; GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del injusto imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991. p. 152; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 139.

³⁷ KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966. p. 22.

Martinez Escamilla, também se posiciona em sentido parecido com Kienapfel. Para ela, as problemáticas que residem no âmbito do princípio do risco poderiam ser facilmente resolvidas por meio da análise da lesão ao dever objetivo de cuidado, no âmbito dos delitos culposos. Segundo ela, a teoria da imputação objetiva não teria trazido consigo nenhum novo requisito, mas sim duplicado um já existente, a lesão ao dever de cuidado.³⁸ Em razão disso, muito se discute a respeito da identificação do critério do risco permitido e do dever de cuidado, sendo estes muitas vezes – equivocadamente – reconhecidos como categorias idênticas.³⁹

Segundo Maiwald o risco permitido é a “descrição formalizada da medida de cuidado que deve ser observada”⁴⁰ para que não se possa dizer que o agente agiu de forma imprudente. O risco permitido seria apenas um conceito formal,⁴¹ ao passo que o elemento material seria a utilidade social, ocasião em que se faz uma ponderação valorativa que irá definir quais condutas poderão ser tidas como lícitas e quais como ilícitas. O conceito de risco permitido seria formal pois não explicaria o porquê de determinadas condutas serem tidas como permitidas ainda que comportem um determinado grau de perigo, nem mesmo quais são os pontos de vista a serem considerados no momento da ponderação de interesses. O autor traz como exemplo as intervenções médicas curativas como uma forma de demonstrar que o conceito de risco permitido é meramente formal. Segundo ele, o que faz com que uma intervenção médica seja tida como permitida é o consentimento do paciente na intervenção, ou seja, o consentimento seria a razão material da permissão, enquanto o risco permitido seria apenas a formal.⁴²

Nesse mesmo sentido se posiciona Schürer-Mohr, para quem o dever de cuidado limitaria o nível do perigo admitido como permitido. O dever de cuidado seria o conteúdo material do risco permitido. Em razão disso, o autor afirma que o risco permitido não seria uma categoria dogmática autônoma, pois estaria relacionada ao dever de cuidado, o qual teria o

³⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 121.

³⁹ Contudo, Meckel, por exemplo, se opõe a esta equiparação. Para ele, o risco permitido e o dever objetivo de cuidado não poderiam ser considerados como categorias idênticas. Uma das diferenças entre ambas estaria no fato de que o risco permitido influenciaria na extensão do dever objetivo de cuidado. (MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 21.)

⁴⁰ MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido”, para la sistemática del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia; 1998. p. 18.

⁴¹ Nesse sentido também: KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966. p. 10s; MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del derecho penal*. Marcelo A. Sancinetti (traducción) Universidad Externado de Colombia, 1996. P. 13; GONZÁLES DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del delito imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1991. P. 124.

⁴² MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido”, para la sistemática del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Colombia; 1998. p. 18ss.

mesmo papel do risco permitido, de modo que a violação do dever de cuidado seria suficiente para determinar se a conduta teria ou não relevância penal.⁴³

De encontro a este posicionamento, parte da doutrina acredita que o risco permitido consiste em uma figura completamente autônoma. Prittwitz afirma que o conceito de risco permitido não poderia ser tido como um conceito supérfluo. O risco permitido acaba se mostrando como um critério necessário, por exemplo, nos casos em que a jurisprudência não possui conhecimentos, ou mesmo regras, que determinem qual o nível de perigo que deve ser tolerado. Tendo em vista a rápida evolução social e os perigos que decorrem dessas evoluções, os julgadores nem sempre estão a par de todos esses perigos e do *quantum* que pode ser tido como tolerado (ou seja, permitido). Assim, o risco permitido seria a forma pela qual se forneceria ao julgador o parâmetro para guiá-lo na análise do fato, determinando quais comportamentos, ainda que não sejam regulamentados pelo direito, serão tidos como socialmente aceitos (permitidos) e quais os limites dessa permissão (até onde o risco será tolerado).⁴⁴

Assim como outras questões que envolvem a análise do risco permitido, a questão que diz respeito ao seu reconhecimento como categoria autônoma e necessária para a teoria do delito não se encontra pacificada na doutrina penal. Em razão disso, o debate a respeito deste ponto ainda não teve uma grande repercussão, de modo que poucos autores defendem o risco permitido como um critério autônomo e diverso dos demais já existentes na teoria do delito. Nosso posicionamento é no sentido de que o risco permitido representa, sim, uma grande importância dentro da teoria do delito e que pode, sim, ser vista como categoria autônoma.⁴⁵ Em razão disso, pretende-se realizar uma análise específica da possibilidade de equiparação do risco permitido com algumas categorias da dogmática penal tradicional, o que será objeto de análise do capítulo seguinte.

⁴³ SCHÜRER-MOHR, Wiebke. *Erlaubte Risiken*. Grundfragen des “erlaubten Risikos” im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998. p. 167.

⁴⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. p. 279.

⁴⁵ Nesse sentido, pensamos da mesma forma que D’Ávila que afirma que: “Pensar de forma diferente, subtraindo da noção de perigo uma qualquer autonomia, como faz considerável doutrina, dá margem a assertivas como a de Giusino, ao considerar que ‘quando a lei pune o fato de criar um perigo, esse não se interessa nisto que ocorreu em quanto tal e por isto já concluído (...), mas apenas pelo o quê de tal circunstância poderia ter sido derivado, que é qualquer coisa de negativo’. O que, a nosso ver, reitera-se, desloca indevidamente o desvalor de resultado dos crimes de perigo para uma probabilidade de dano futuro e incerto e o que, em outras palavras, equivaleria a afirmar o ilícito-típico de perigo como uma realidade em si neutra, desprovida de uma carga de valor própria. (...) O perigo é, em si mesmo, desvalioso e, por isso, quando se pune um fato perigoso, o ilícito-típico não está centrado em um dano futuro e incerto, mas no singular pôr-em-perigo, que o tipo representa”. (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 100s.)

1.3 O RISCO PERMITIDO NA TEORIA DO DELITO

A doutrina atribui o surgimento da categoria do risco permitido à jurisprudência alemã, no século XIX, nos casos em que haviam lesões ou mortes no âmbito da indústria. O que teria fundamentado o desenvolvimento desse critério seria a necessidade de favorecer a industrialização, tendo em vista os perigos que a mesma continha.⁴⁶ Dessa forma, propõe-se, inicialmente, a sua utilização como critério apenas no âmbito dos crimes culposos, sendo afastada a sua aplicação nos crimes dolosos.⁴⁷

Contudo, quando se fala em risco permitido depara-se, em diversos estudos, com uma mesma frase, de autoria de Hanse: “*navigare necesse est, vivero non necesse*”. Essa frase teria sido uma das responsáveis por estudiosos se debruçarem sobre a problemática que envolve o risco, possibilitando que se admitisse determinados perigos como permitidos. Ela significa que aquele que navega, de alguma forma, acaba por colocar a sua vida, e também de outros, em perigo, mas em prol de um interesse maior. Dessa forma, tendo em vista que a navegação era necessária para a prática de comércio com o resto do mundo, por mais que a mesma comportasse perigos para aqueles que praticavam tal atividades, estes eram tidos como tolerado, ou seja, permitidos.⁴⁸

Para alguns autores, como é o caso de Meckel, o responsável pelo desenvolvimento da categoria do risco permitido foi Binding. Binding teria desenvolvido o conceito de risco permitido, chamado por ele de aumento do risco (*massvollen Risikos*), no estudo dos delitos culposos. Ele reconhece que quase toda a conduta humana cria ao menos uma possibilidade de perigo ou de dano a bens jurídicos, ainda que não seja a sua intenção. Esse efeito colateral não desejado foi chamado por ele de Risco da Ação (*das Risiko der Handlung*). Na sua concepção,

⁴⁶ Apesar de muitos atribuírem o surgimento do princípio do risco permitido à revolução industrial e ao desenvolvimento da técnica. Hellmuth Mayers, afirma que o princípio do risco permitido já existia muito tempo antes da industrialização. Prittwitz refere, como forma ilustrativa, a existência de tal princípio na antiga Roma, mais especificamente nos combates (*Wettkämpfe*) realizados, onde aquele que ferisse o adversário não poderia ser responsabilizado penalmente pelas lesões causadas. Essa regra do direito romano, afirma Prittwitz, seria uma forma idêntica ao princípio do risco permitido, pois ambos os casos consistiriam em uma conduta perigosa, que se torna permitida em razão da observância de uma norma ou de um dever de cuidado. A diferença seria que a permissibilidade do risco criado por quem participa do combate operaria não como um princípio, mas como uma exceção expressamente prevista pelo ordenamento jurídico. (PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. p. 268s.)

⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junio, 1988. p. 426.

⁴⁸ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 57.

não se pode proibir todo e qualquer risco; e, em razão disso, não será toda e qualquer conduta que poderá ser tida como proibida.⁴⁹

Dal Dosso reconhece que não há unanimidade na doutrina quando se trata do risco permitido. Diversos aspectos que envolvem a referida categoria são objeto de longas e infundáveis discussões. Dessa forma, assim como não há um consenso acerca do conceito de risco permitido, também não há no que tange à sua posição na teoria do delito. Segundo o autor, a dúvida a respeito da sua função sistemática na teoria do delito se dá em razão da confusão feita entre os conceitos de risco permitido e adequação social, uma vez que ambos são tratados, frequentemente, como sinônimos. Assim, como pouco se sabe acerca da função sistemática da adequação social, pouco se saberia a respeito da função do risco permitido dentro da teoria do delito, recaindo-se nas mesmas problemáticas quando se estuda a adequação social.⁵⁰

Hippel trata a questão do risco permitido entre as condutas negligentes e as ocasionais. Segundo ele, somente poderíamos falar em culpa quando fosse possível atribuir ao agente a prática de uma conduta ilegal. Essa culpa negligente teria como seu conteúdo tanto os conhecimentos gerais, como os conhecimentos individuais do agente. A análise a respeito da culpa seria feita em dois níveis. O primeiro se ocuparia da análise do dever de evitar o resultado, e o segundo analisaria a possibilidade do agente evitar a ocorrência do resultado. O autor compreende que o risco permitido estaria vinculado ao dever de evitar o resultado, bem como à observância do dever objetivo de cuidado. Contudo, existem atividades que, ainda que se adotem as cautelas necessárias, permanecem contendo um perigo substancial quando da sua prática. O trânsito de veículos seria um exemplo dessas atividades. Contudo, em razão do interesse da sociedade tal atividade não pode ser proibida, não sendo considerada como uma conduta negligente, ainda que crie um perigo de dano considerável.⁵¹

A ideia de risco permitido passa a ser elaborada de forma mais complexa a partir dos estudos de Franz Exner, que passou a conceber o risco permitido como uma causa de justificação, diante da relutância da doutrina tradicional em reconhecer a ausência de injusto nas hipóteses em que o risco permitido ocasionava um resultado típico.⁵²

⁴⁹ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 9s.

⁵⁰ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 24.

⁵¹ *apud* MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 6s.

⁵² Kienapfel, ao realizar um estudo sobre a categoria do risco permitido, aponta como autores que defendem o risco permitido como causa de justificação Schöder, Mezger, Rittler, Mayer, Oehler, Schaffstein, Klug e Hirsch. (KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966. p. 19); Nesse mesmo sentido, Meckel cita como autores que acreditam que o risco permitido exclui a ilicitude: von Gallas, Helmuth Mayer, Noll, Nowakowski, Oehler, Rittler, Schröder,

Apesar de reconhecer o risco permitido como uma causa de justificação,⁵³ Jescheck afirma que não seria uma causa de justificação autônoma. Ele assim refere:

(...) porque por medio de este concepto únicamente se quiere decir que, bajo presupuestos determinados, son admisibles acciones arriesgadas llevadas a cabo incluso con dolo eventual de lesionar un bien jurídico; no obstante, tales presupuestos no pueden ser delimitados de un modo general. En el riesgo permitido estamos, más bien, ante *principio estructural común* de distintas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente. El armazón común de estas causas de justificación consiste en que posibilitan el desarrollo de acciones que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ello muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad social estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aún cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida (...). En estos casos el autor tan sólo recibe una *autorización de acción* para obrar arriesgadamente, pero no una *facultad de intervención* sobre el bien jurídico protegido pues éste es tan digno de protección como el interés que el autor preserva. A pesar de todo, el comportamiento del autor permanece justificado en su conjunto incluso aunque acaezca el resultado. Sin embargo y a causa de la inseguridad de la situación de partida, constituye siempre un requisito para la justificación el *examen cuidadoso* por parte del autor de las condiciones fácticas de la acción.⁵⁴

Segundo Malamud Goti, o risco permitido não poderia, em hipótese alguma, ser equiparado ao estado de necessidade, pois apesar de ter pontos em contato com o estado de necessidade, como seria o caso dos interesses contrapostos e o fato da atividade prejudicial ser considerada lícita, essas categorias podem ser diferenciadas da seguinte forma:

en el estado de necesidad la legitimidad de la acción surge como consecuencia de la comprobación de que el perjuicio es inferior al beneficio y que el primero es necesario para la obtención del segundo. Esta ponderación se practica vis a vis. Como se dijo, éste no es el caso del riesgo permitido, ya que por un lado el daño es frecuentemente mayor y predomina la *normalidad* de la situación. Estos últimos ras no se advierten en el caso anterior.⁵⁵

Para Porciúncula, a diferença entre o risco permitido e o estado de necessidade estaria no fato de que o risco permitido não se fundamenta em uma ponderação de interesses

Schander e Wimmer. (MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 9.)

⁵³ Ele aponta as seguintes causas de justificação como causas baseadas na ideia de risco permitido: A preservação de interesses legítimos – “Um afirmación lesiva del derecho al honor puede realizarse aún a riesgo de su falta de veracidad o de la imposibilidad de probar está, si mediante la manifestación del reproche correspondiente puede ser salvaguardado um interés legítimo público o privado – e o consentimento presumido – “cuando la voluntad supuesta del ofendido no coincide con la real”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002. p. 431ss.)

⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002. p. 430.

⁵⁵ MALAMUD GOTI, Jaime E. El riesgo permitido en el derecho penal. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. ¼, v. 1, 1978. p. 738.

no caso concreto,⁵⁶ mas sim em uma ponderação global de interesses, em que se coloca na balança os interesses estatais de segurança contra os interesses individuais de liberdade.⁵⁷

Malaud Goti refere mais algumas posições doutrinárias a respeito do risco permitido dentro da teoria do delito. Segundo ele, alguns doutrinadores afirmam tratar-se da ideia de bons costumes e por isso se admitiria a prática de determinadas condutas, outros trabalham no âmbito do consentimento do ofendido, mas nenhuma dessas propostas é vista pelo autor como satisfatórias. No que tange aos bons costumes, ele questiona qual seria a relevância dos costumes dentro de um sistema normativo e, ademais, como um costume poderia ir contra, e afastar a aplicação, de uma norma que se contrapõe de forma expressa a esses costumes. Para além disso, teríamos de determinar quais costumes considerados como ruins precederiam as normas penais e quais seriam passíveis de pena.⁵⁸

Na opinião de Garcia, podemos encontrar diversas diferenças entre o risco permitido e as demais causas de justificação. A primeira apontada por ele é a situação de exceção em que se encontram as demais causas de justificação, ao passo que o risco permitido é considerado como algo normal. Além disso, a ponderação de interesses nas causas de justificação é feita *vis a vis*, ou seja, confronta-se um bem contra o outro em uma análise *ex post*, enquanto no risco permitido a análise deve, necessariamente, ser feita *ex ante*, de modo que não se possa prever as eventuais vítimas dos danos. Garcia ainda afirma que nos casos do risco permitido toleram-se lesões a bens jurídicos mais valiosos que o interesse social da atividade, ele menciona como exemplo a tolerância de lesões ocorridas no tráfego em prol do deslocamento.⁵⁹

Para Dal Dosso, o risco permitido não poderia ser equiparado a uma causa de justificação pelo seguinte motivo:

La diferencia con las causales de justificación, en especial, con el estado de necesidad justificante, está dada por el contexto social en que la conducta lesiva se lleva a cabo. Mientras que el comportamiento que se mantiene dentro del riesgo permitido, por ser socialmente adecuado, es tolerado de modo general, la conducta justificada en sí

⁵⁶ Nesse mesmo sentido entende Roxin, que, a fim de ilustrar, traz o seguinte exemplo: “Uma viagem de automóvel é, portanto, permitida, ainda que no caso concreto ela não almeje interesses mais valiosos (por ex., se o motorista dirigir apenas para matar o tédio), e mesmo que busque fins reprováveis (como a preparação de um delito), de maneira que uma ponderação segundo os princípios de justificação chegaria a um resultado contrário a que se permitisse um tal comportamento”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 325s.)

⁵⁷ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo <<objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. Hacia la <<exteriorización de lo interno>>. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014. p. 245.

⁵⁸ MALAMUD GOTI, Jaime E. El riesgo permitido en el derecho penal. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. ¼, v. 1, 1978. p. 739ss.

⁵⁹ GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, v. 14, 2006. p. 48.

misma no es tolerada, es socialmente perturbadora, pero el contexto especial en que se desarrolla será lo que la justifique. En ejemplo del propio Jakobs: el conductor que no sobrepasa el límite máximo de velocidad no defrauda ninguna expectativa, independientemente del fin que persiga con su viaje. En este caso el contexto es irrelevante porque su conducta es socialmente normal. En cambio el conductor de una ambulancia que supera el límite de velocidad necesita del contexto –la situación de necesidad- para que su comportamiento sea tolerado.⁶⁰

O motivo pelo qual o risco permitido não poderia ser admitido como uma causa de justificação seria, ao ver de Gonzáles de Murillo, a impossibilidade de se admitir a existência de uma causa de justificação com a amplitude e a indefinição que o risco permitido comporta. Não haveria sequer uma necessidade de se “criar” uma nova causa de justificação, pois as soluções propostas pelo risco permitido poderiam ser encontradas da mesma forma pelas causas de justificação tradicionais, as quais, inclusive, proporcionariam soluções mais corretas que as propostas pelo risco permitido, uma vez que sua estrutura seria infinitamente mais desenvolvida que a do risco permitido. Em razão disso, seria completamente desnecessário recorrer a uma nova categoria repleta de imprecisões.⁶¹

Reyes Romero, por sua vez, entende que o risco permitido não pode ser entendido como uma causa de justificação⁶² pelo seguinte motivo:

Las causas de justificación son normas de permisión para realizar una conducta que, en otras circunstancias, estaría prohibida. Es decir, una misma conducta satisface la descripción de una norma prohibitiva y la de una norma permisiva, en la cual la permisión primará, siendo desplazada la prohibición. Por tanto, una causa de justificación cuenta como una exclusión del injusto (antijuridicidad) del comportamiento prima facie prohibido.

(...)

Ahora bien, el riesgo permitido carece de las características propias de cualquier causa de justificación. El riesgo permitido tiene que ver con la expectativa en el autor que

⁶⁰ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 54.

⁶¹ GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del injusto imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991. p. 153.

⁶² Díaz Aranda, também na tentativa de demonstrar que o risco permitido não poderá ser reconhecido como causa de justificação, assim refere: “Se deben excluir de este criterio los supuestos amparados por alguna causa de justificación, porque em los supuestos de riesgo permitido el resultado no se imputa a la conducta dado que normativamente queda fuera de su radio de prohibición, mientras que en las causas de justificación se analizan sólo aquellos supuestos cuya tipicidad ya fue constatada. Amén de lo anterior, las causas de justificación requieren de una ponderación de bienes para su procedencia, por ejemplo, se requiere que el bien jurídico defendido sea de mayor valía que el lesionado para poder amparar la conducta. Sin embargo, en los supuestos de riesgo permitido el sujeto que lesiona el bien puede no tener intereses superiores en la realización de la conducta; volviendo a nuestro ejemplo, quien conducía su auto puede tener como interés llegar a la cita que tenía con su novia. Si quisiéramos llevar esto al terreno de las causas de justificación, tendríamos que concluir necesariamente que la vida un niño es más importante que llegar a tiempo a una velada con la mujer amada y por tanto no tendríamos más remedio que confirmar la antijuridicidad de la conducta. El problema queda resuelto, en cambio, si desde el tipo se atiende a la permisión global de la conducta de conducir, observando todos los cuidados exigidos por el Reglamento de Tránsito, a pesar del peligro que encierra en sí misma la conducta para bienes jurídicos tutelados”. (DÍAZ ARANDA, Enrique; CANCIO MELIÁ, Manuel. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 79s.)

no reducirá su capacidad de acción de una forma contraria a la exigencia de cuidado. Es una tolerancia normativa a la producción de ciertos riesgos que escapan al control por cuidado y, por tanto, tolerancia a que el sujeto estará incapacitado de evitar en todo caso situaciones de inevitabilidad en la infracción del deber. En tal sentido, el riesgo permitido no se opone ni excluye la prohibición, como sí lo hace una causa de justificación, sino que el resultado no puede ser imputado al autor porque actuó en un margen tolerado de incapacidad. Asimismo, quien conduce dentro de la velocidad máxima no tiene una autorización para lesionar a un peatón que interviene en el tráfico, de forma que ante un accidente contra el peatón igualmente subsiste el injusto objetivo. Es decir, el resultado antinormativo existe y persiste. En cambio, respecto de las causas de justificación, y cumpliéndose sus requisitos, sí existe una autorización para causar un resultado típico. En el caso de conducción vehicular, lo único que sucede es que el ordenamiento tolera la reducción de la capacidad de acción dentro de los márgenes de la velocidad permitida, de modo que no existe injusto subjetivo: no es posible imputar el resultado al conductor porque para el sujeto, en el marco entregado por el ordenamiento, era inevitable su comisión. No existe una categoría de riesgo permitido, entonces, que excluya la antijuricidad de la conducta prevaleciendo sobre la prohibición, sino que el comportamiento del sujeto simplemente no es antijurídico porque no se satisface la imputación extraordinaria: no hay una actuación contraria a cuidado que desencadena un resultado típico sino una actuación riesgosa permitida en vista de los límites de la capacidad del sujeto y las exigencias normativas a su conducta. De ahí que puede ser importante modificar el término de riesgo permitido a riesgo tolerado. Riesgo permitido puede llevar a una confusión terminológica, al entender el “permitido” en un sentido fuerte, es decir, como el resultado de una aplicación de una norma de permisión. La tolerancia, por el otro lado, expresa precisamente el reconocimiento normativo de márgenes de peligro aceptados.⁶³

Roxin afirma que se propusésemos a utilização do risco permitido como causa de justificação, ele não seria mais necessário enquanto instituto jurídico autônomo, podendo, portanto, ser completamente rechaçado. Ao ver do autor, o risco permitido não poderia configurar como causa de justificação pois “Do fato de correr-se um risco – ainda quando ele seja socialmente aceito – não surge a permissão para matar”. Dessa forma, ao considerarmos o risco permitido como causa de justificação estaríamos, concomitantemente, reconhecendo que o mesmo não consiste em um critério autônomo, negando-se, assim, a sua importância dogmática.⁶⁴

⁶³ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Año 21, n. 1, 2015. p. 158s.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 324s.

Há, ainda que de maneira minoritária, quem compreenda que o exame a respeito do risco permitido deve ser feito na culpabilidade.⁶⁵ Contudo, endossamos a parte da doutrina que entende que o risco permitido como critério excludente da tipicidade.⁶⁶

De acordo com Meckel, Engisch é um dos primeiros autores a sustentar que o risco permitido estaria situado dentro de tipicidade e não dentro da ilicitude.⁶⁷ As condutas tidas como permitidas assim o seriam, pois elas serviriam para a realização de um fim o qual é tido como aprovado pelo direito.⁶⁸

⁶⁵ Se posiciona nesse sentido: ROEDER, Hermann. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau*. Duncker & Humblot: Berlin, 1969. p. 94ss.

Kienapfel também aponta como defensores do risco permitido como elemento excludente da culpa Binding, Exner e von Hippel. (KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966. p. 21.)

Meckel refere como os principais defensores do risco permitido como excludente da culpabilidade Hippel, Frank e Mezger. (MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 6s.)

⁶⁶ Artico refere como autores que entendem o risco como excludente da tipicidade: SCHONKE, SCHRÖDER e LENCKNER. (ARTICO, Juan Cruz. *El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación*. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42070.pdf>>. Acesso em: 04 de jul. de 2017. p. 9.)

Nesse sentido também: D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 48s; TERREROS, Felipe A. Villavicencio. La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. In: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. N. 60, 2007. p. 258; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 371.; BARREIRA, Jorge. Teoría de la imputación objetiva del resultado. In: *Revista de Derecho*. N. 12. Ano VI, 2007. p. 14; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In: *Nuevo Foro Penal*. V. 10, n. 82, 2014. p. 91; WOLTER, Jürgen. Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichungen“. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen. *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin. Heidelberg: C.F. Müller Juristisches Verlag, 1995. p. 12.

⁶⁷ D'Ávila chama atenção para uma importante distinção no que tange ao risco permitido. Segundo o autor “Não podemos, no entanto, confundir o risco socialmente permitido, excludente do tipo penal, com o perigo especial gerado por uma ação em condições desafortunadas. O perigo especial observado nas hipóteses justificantes não se confunde com o risco permitido excludente da tipicidade. O perigo especial será, evidentemente, causa de exclusão da ilicitude, situando-se, assim, no âmbito da antijuridicidade. É muito diferente a conduta de um motorista de ambulância que trafega normalmente, sem atender a nenhum chamado de urgência, daquela praticada por um motorista de ambulância que, para salvar uma vida, infringe normas regulamentares. Apesar de ambas condutas, indubitavelmente perigosas, estarem permitidas pelo direito, geram conseqüências diversas na estrutura do delito: no primeiro exemplo, o motorista age dentro do risco socialmente aceito para aquela atividade (condução de veículos automotores em vias públicas), não ultrapassando os limites do risco permitido e, por sua vez, agindo de forma atípica. No segundo exemplo, o agente ultrapassa os limites do risco permitido, não observando inúmeras normas regulamentares; porém, sua ação atende a um interesse específico, socialmente valioso, o que acarretará a sua permissão, mediante a exclusão da ilicitude”. (D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 49.)

⁶⁸ MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 21.

Parece-nos que, com o advento da teoria da imputação objetiva⁶⁹ de Roxin em 1970, propõe-se que o risco permitido seja considerado como elemento do ilícito-típico.⁷⁰ Quando Roxin desenvolve sua teoria da imputação objetiva, ele a fundamenta com base no princípio do risco, fazendo com que o risco permitido passe, portanto, a ter um papel de destaque dentro da teoria, na medida em que sem ele não se poderia falar em imputação do resultado. Dessa forma, o resultado somente seria imputável ao agente quando “sua conduta tiver criado um perigo para um bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e esse perigo se realizar em um resultado concreto que esteja dentro do âmbito da norma”.⁷¹

⁶⁹ Sobre a teoria da imputação objetiva ver: REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43. Fasc./Mês 3, 1992. P. 993-968; TORÍO LÓPEZ, Ángel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986. p. 33-48; FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther *et al.* *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 19-69; MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). N. 05, 2003. p. 01-19; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 08 de julho de 1997; LARRAURI, Elena. Introducción a la imputación objetiva. In: *Revista Nuevo Foro Penal*. N. 46, 1989. P. 220-248; HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental. In: *Revista para el análisis del derecho*. N. 1, 2016; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Qué es la imputación objetiva? In: *Estudios penales y criminológicos*. N. 10, 1985-1986. p. 167-186; LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. In: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, v. LVIII, 2005.

⁷⁰ A respeito do ilícito-típico, assim esclarece Figueiredo Dias: “Num sistema autenticamente teoleológico-funcional e racional a ‘prioridade’ não pode deixar de caber à categoria material do **ilícito**, concebido como **ilícito-típico** ou (o que é o mesmo, na nossa visão das coisas) como **tipo de ilícito**. A oposição entre as duas concepções esboçadas foi confundida há décadas atrás com a questão de saber se o tipo haveria de se configurar como **tipo indiciador** (*Indiztatbestand*), contendo apenas a descrição do comportamento (da matéria) proibido (a) ou os elementos individualizadores da respectiva espécie de crime. Ou antes como um **tipo total** (*Gesamtatbestand*), que conteria além daqueles, se bem que de forma implícita e como seus elementos ‘negativos’, a *ausência* de causas de justificação (doutrina chamada de ‘**elementos negativos do tipo**’); que conteria, numa palavra, a totalidade dos elementos relevantes para o *concreto* juízo de ilicitude (= antijuridicidade). Com essa confusão dos dois problemas se opera uma desvalorização do primeiro e uma hipervalorização do segundo. (...) Com a categoria do ilícito se quer traduzir o **específico sentido de desvalor jurídico-penal** que atinge um *concreto* comportamento humano numa *concreta* situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar. Por outras palavras, é a qualificação de uma conduta *concreta* como penalmente *ilícita* que significa que ela é, de uma perspectiva tanto objectiva, como subjetiva, desconforme com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por conseguinte, um juízo negativo de valor (de desvalor). A função que a categoria da ilicitude cumpre no sistema do facto punível é, em suma, definir (...) o âmbito do penalmente proibido e dá-lo a conhecer aos destinatários potenciais das suas normas, **motivando** por esta forma tais destinatários a comportamentos de acordo com o ordenamento jurídico-penal. Só a partir daí ganha o tipo o seu verdadeiro significado e a ilicitude se apresenta como o verdadeiro fundamento do tipo. Não se diga, por isso, que ao tipo, considerado independentemente da ilicitude, pertence logo a função de motivar a omissão de acções proibidas ou a realização de acções impostas. (...) Nessa acepção, na verdade, ‘sem ilícito não há tipo’; ou, de outro modo, **todo o tipo é tipo de ilícito**. O tipo surge (...) como ‘tipicização’, ‘sedimentação concreta’ ou ‘irradiação’ de um ilícito, é um ilícito ‘cunhado tipicamente’, é (como sempre ensinou Eduardo Correia) o ‘interposto da valoração jurídico-criminal’, o ‘portador da valoração’ de um comportamento como ilícito.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 265; 266; 268.)

Ainda sobre o ilícito-típico ver: D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 24, n. 121, jul. 2016, p. 110s.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p.363s.

1.4 RISCO PROIBIDO: *DESVALOR* DA AÇÃO OU DO RESULTADO?

Para além das discussões acerca da conceituação do risco permitido, da autonomia do critério e do papel que o mesmo ocupa dentro da teoria do delito, discute-se, ainda, se o risco proibido pertenceria ao *desvalor* da ação ou ao *desvalor* do resultado.⁷²⁻⁷³ Grande parte da doutrina entende que o risco proibido seria um elemento do *desvalor* da ação,⁷⁴ pois estaria vinculado à perigosidade da conduta.

⁷² Sobre a questão que envolve o *desvalor* da ação e do resultado D'Ávila assim explica: “O *desvalor de ação* deve abranger todos os diferentes aspectos da conduta em si, sejam eles subjetivos ou objetivos, de modo a expressá-la adequadamente em termos axiológicos. Compreende-se, por um lado, o (i) *desvalor subjetivo da conduta*, isto é, a vontade que preside na realização da conduta. O homicídio doloso é, por isso, mais grave que o culposo, muito embora o resultado da ação seja exatamente o mesmo. Por outro lado, tem-se o (ii) *desvalor objetivo de conduta* em si, compreensivo do modo e da forma através dos quais a ação é praticada. Ex.: sempre que o homicídio for cometido ‘à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima’ (art. 121, IV CP) ele torna-se mais grave, dando azo à sua forma qualificada. Por fim, também os (iii) elementos objetivos da autoria exercem um relevante papel na formação do *desvalor de ação*. Ex.: a apropriação indébita apresenta-se mais reprovável quando o sujeito ativo é funcionário público, resultando inclusive em delito diverso (art. 312 CP, peculato) daquele praticado por quem não possui esta qualificação (art. 168 CP, apropriação indébita). (...)”

O *desvalor de resultado* é aqui *desvalor de ofensa*. Não se confunde com o resultado em uma perspectiva natural, entendido como modificação do mundo exterior, e tampouco com o objeto da ação. Trata-se do *desvalor expresso pela ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao objeto de tutela da norma*. Núcleo de *desvalor* que, ao exprimir, por meio das categorias penais que lhe são próprias (bem jurídico e ofensividade), a ruptura da relação originária de cuidado de perigo, assume-se como pedra angular do ilícito penal, expressão da contrariedade não só à intencionalidade jurídico-normativa, mas à própria função do direito penal”. (D’ÁVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: Edipucrs, 2016. p. 363s)

⁷³ A respeito dessa separação, Frisch - que sustenta a separação entre o *desvalor* da ação e do resultado, sendo que a seu ver o risco proibido estaria no *desvalor* da ação – afirma que apesar de Roxin sustentar a impossibilidade de se fazer essa divisão ele mesmo acaba a realizando quando diferencia o aumento de um risco permitido da sua concretização. Na concepção de Frisch, quando Roxin coloca como requisitos necessários para imputação a criação de um risco não permitido e a consequente concretização desse risco em um resultado, acaba por reconhecer que tais realidades são distintas uma da outra, pois se não o fossem, não haveria motivo para existirem ambos os requisitos. (FRISCH, Wolfgang. Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOOTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai. 2001*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 34s.)

⁷⁴ Nesse sentido: REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 158; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 47, 73 e 76; SCHAFFSTEIN, Friedrich. Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 219; AGUIRRE, Luis Emilio Rojas. Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica? In: *Revista de Derecho*. V. XXIII, n. 1, julio, 2010. p. 374s; BARREIRA, Jorge. Teoría de la imputación objetiva del resultado. In: *Revista de Derecho*. N. 12. Ano VI, 2007. p. 11; BORRALLO, Enrique Anarte. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Estructura. Relaciones y perspectivas. Huelva: Universidad de Huelva, 2002. p. 206; HOYER, Andreas. Risco permitido e desenvolvimento tecnológico. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 3, v. 20, 2010. p. 366; LARRAURI, Elena. Introducción a la imputación objetiva. In: *Revista Nuevo Foro Penal*. N. 46, 1989. p. 246; MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968. p. 65; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. In: *Revista de derecho y proceso penal*. Nº. 12, 2004.p. 11; RAUSELL, Pedro Castellano. *La responsabilidad penal de las actividades de*

Hoyer é um dos autores que se manifesta nesse sentido. Para ele, o risco não permitido seria a propriedade de “uma ação mediante a qual esta pode subsumir-se no tipo, em vez de ser compreendido como criação de um resultado de perigo enquanto critério de imputação”.⁷⁵ Em outras palavras, o risco não permitido seria elemento do *desvalor* da ação uma vez que consiste em uma característica da conduta, fazendo com que ela deixe de ser considerada como valiosa – ou mesmo irrelevante – pelo direito penal e passe a ser tida como desvaliosa – leia-se, penalmente relevante.

Para Bustos Ramirez, o risco não permitido não poderia estar vinculado ao *desvalor* do resultado, pois o que interessa para o Direito Penal, nesses casos, não é a produção do resultado, mas o comportamento em si. Dessa forma, para fins de Direito Penal, ter-se-ia o mesmo efeito se não fosse produzido nenhum resultado ou se fossem produzido milhares de resultados, afinal o que importa é que o risco é tido como permitido, sendo, portanto tolerado. A fim de ilustrar, ele traz como exemplo a produção de automóveis:

en la producción de automóviles, por ejemplo, en que estadísticamente está señalado que se producen determinados accidentes al año, de todas maneras da exactamente lo mismo, por tanto, da exactamente lo mismo la causalidad; a mí lo que me interesa es la atribución desde el riesgo, riesgo permitido, y da lo mismo la finalidad, porque yo como empresario, o Pedro como empresario, puedo declarar en la televisión en una entrevista íntima personal, "miren, yo me he dedicado a construir automóviles porque tengo unas enormes intenciones de matar a la gente, pero no me atrevo a coger una pistola, y por tanto produzco automóviles, porque sé que los automóviles van a matar a determinadas personas durante el año"; uno podría decir, entonces, que vamos a condenar a ese empresario, pero no, pues está dentro del riesgo permitido de la empresa, es decir, no interesa; lo que interesa es la teoría del riesgo desde el punto de vista social y desde el punto de vista del bien jurídico, eso es lo que interesa, y eso es un problema del comportamiento no del resultado. O sea, son los comportamientos los riesgosos, por lo que me da lo mismo el resultado; es decir, me da lo mismo que el resultado se produzca o que no se produzca; lo importante que puede ocurrir es que no se produzca ningún resultado durante el mes o durante el año, y sin embargo ese comportamiento sigue siendo permitido, es decir, lo que me interesa es el comportamiento.⁷⁶

riesgo. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2002. p. 144; BUSTOS RAMIREZ, Juan. Imputación objetiva y bien jurídico. In: *La ciencia penal en el Umbral de Siglo XXI*. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001. p. 395; GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. P. 220s; RUEDA MARTÍN, Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Exemo. Sr. Bacigalupo Zapater). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n. 7, 2001. P. 447s; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Imputación objetiva*. (Cuestiones metodológicas y sistemáticas). Disponible em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/5_imputacion-objetiva.pdf>. Acesso em: 08 de jul. de 2017. p. 125; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 164.

⁷⁵ HOYER, Andreas. Risco permitido e desenvolvimento tecnológico. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 3, v. 20, 2010. p. 366.

⁷⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Imputación objetiva y bien jurídico. In: *La ciencia penal en el Umbral de Siglo XXI*. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001. p. 395.

Reyes Romero, ao tentar determinar que o risco permitido consiste em uma excludente do *desvalor* da ação, acaba por equiparar a referida categoria ao dever de cuidado. O autor assim refere:

afirmar que alguien actúa en el margen permitido sólo puede significar que aun cumpliendo las exigencias del cuidado la producción del resultado lesivo resulta inevitable. No existe, por tanto, ni la infracción del deber de acción propia de la imputación dolosa ni la infracción de la incumbencia propia de la imputación a título de imprudencia, siendo imposible la responsabilidad penal.⁷⁷

Nota-se, pela passagem mencionada por Reyes Romero, que o reconhecimento do risco permitido como excludente do *desvalor* da ação é o mesmo que reconhecer a identificação do risco permitido com o dever de cuidado. Ou seja, quando se afirma que o risco permitido é um critério que exclui o *desvalor* da ação – e não do resultado – reconhece-se a sua completa desnecessidade, uma vez que o mesmo poderia ser substituído pelo dever de cuidado, pois ambos possuem a mesma função, qual seja, a exclusão do *desvalor* da ação.

Guirao busca explicitar o porquê do risco permitido ser tido como uma excludente do *desvalor* da ação. O autor assim refere:

la concurrencia de peligro puede ser contemplada de diferentes maneras. Básicamente de dos: como estado -peligro como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o << puesta en peligro>> ; o como característica de la acción -<<<como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión peligrosidad de la conducta>>. Dicha diferenciación se basa en la perspectiva que se adopte para su observación: la peligrosidad de la acción ha de ser enjuiciada desde un punto de vista ex ante, teniendo en cuenta como base del juicio los datos facticos y conocimientos nomológicos que pudieran conocerse en el momento de la acción, mientras que el peligro como un estado, como un resultado, habrá de ser contemplado ex post, tomando no sólo los datos reconocibles ex ante, sino también los obtenidos una vez realizada la conducta. La cuestión es entonces determinar con cual de ambas perspectivas habrá de operar la imputación objetiva en su primer nivel, que es el que ahora nos interesa. No hay duda -ni discrepancias doctrinales- en afirmar que ha de ser el peligro como atributo de la conducta, la <<peligrosidad>>, lo que ha de ser contemplado cuando se esté hablando de << creación de un riesgo típicamente relevante>>. El riesgo como resultado también será tomado en cuenta, pero en un nivel posterior: <<para considerar el resultado objetivamente imputable, entre los diferentes estadios de riesgo que preceden a la lesión del bien jurídico ha de existir una correlación. Misión de la imputación objetiva será precisamente el delinear los términos de dicha correspondencia. Al resultado típico ha de preceder, como estado inmediatamente anterior una puesta en peligro del bien jurídico protegido, y esta ha de ser precisamente consecuencia, manifestación de

⁷⁷ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 158

la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realización estaba prohibida>>. ⁷⁸

No entanto, discordamos da referida afirmação do autor. A perigosidade não deve ser vista como uma manifestação do risco proibido, mas, sim, da infração do dever de cuidado, uma vez que a segunda noção – como situação de perigo para o bem jurídico - representaria de forma mais coerente o risco proibido, na medida em que um risco somente será tido como proibido pelo direito penal quando crie uma possibilidade não insignificante de ocorrência de dano, ou seja, para que se possa determinar se o perigo possui ou não relevância para fins de direito penal, deve-se realizar uma análise a respeito da sua relação com o bem jurídico digno de tutela penal. Dessa forma, se a conduta, ainda que seja proibida por uma norma administrativa ou normas privadas, não criar nem ao menos uma possibilidade de ocorrência de dano a um bem jurídico digno de tutela penal, a ocorrência de um eventual resultado não poderá ser atribuída ao agente na seara penal, diante da ausência de ofensividade da conduta.

Nesse sentido, entendemos que Reche age de forma certa ao vincular o *desvalor* da ação nos delitos culposos à violação do dever de cuidado. Ele assim refere:

El desvalor de la acción *en los delitos culposos* supone la inobservancia del cuidado objetivamente debido: <<el Derecho exige para realizar las diversas acciones de la vida social una determinada diligencia o cuidado. Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social>>. Este deber de cuidado es un deber objetivo que debe ser determinado <<con un criterio normativo. No es decisivo el cuidado que se observe de hecho en desarrollo de una actividad de la vida social, sino el que sea necesario para evitar las lesiones a los bienes jurídicos>>. Un principio tal, limitativo de la responsabilidad penal, está presente ya en la tendencia objetivadora del deber de cuidado en los delitos imprudentes, por el cual no puede desconocerse el carácter peligroso o no del comportamiento. En este campo peligrosidad y previsibilidad del resultado van unidas. Y, en definitiva, el deber de cuidado teniendo siempre como objetivo la salvaguardia de los bienes jurídicos deberá ser elaborado considerando, nuevamente, el factor peligrosidad de la conducta para la producción del resultado; factor este determinante (de la infracción) del deber de cuidado en modo que, prescindir de él, supondría desvirtuar la vinculación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos, con las negativas implicaciones en relación con el principio de intervención mínima que a continuación revisamos desde esta perspectiva. ⁷⁹

Quanto aos conhecimentos e as capacidades individuais do agente, entende-se que estes devem ser levados em consideração na análise do dever de cuidado, uma vez que se utiliza um juízo *ex ante*, não tendo, portanto, relevância para determinar o risco proibido, o qual será

⁷⁸ GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. n. 2, Mayo-Agosto, 1996. p. 482.

⁷⁹ RECHE, Esteban Sola. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. T. 47. N. 1, 1996. p. 174s.

determinado mediante um juízo *ex post*, em razão da necessidade de se analisar o caso concreto a fim de verificar a existência de ofensividade na conduta praticada pelo agente. O risco permitido pertenceria, portanto, ao *desvalor* do resultado.

Pensemos no exemplo do catador de lixo que encontra um material radioativo e o distribuí entre as crianças da redondeza. A conduta praticada por ele, numa perspectiva *ex ante*, não poderia ser tida como perigosa, pois o catador não tinha conhecimentos suficientes para saber que o material era tóxico e que poderia ocasionar lesões. Contudo, isso não faz com que tal conduta possa ser tida como um perigo tolerado pelo direito penal, pois não há dúvidas que essa conduta cria uma possibilidade não insignificante de dano, ou seja, é uma conduta que, quando analisada *ex post*, se verifica a existência de ofensividade, tendo, portanto, relevância para o direito penal. No entanto, o agente não será punido, não pelo fato do perigo criado por ele não ser proibido (leia-se, não existir *desvalor* do resultado), mas, sim, em razão da não infração do dever de cuidado do agente, pois levando em conta todos os seus conhecimentos em uma perspectiva *ex ante*, nota-se que o agente não tinha como saber que o material era perigoso, e portanto não teríamos o *desvalor* da ação.

Apesar de grande parte da doutrina se manifestar no sentido de considerar o risco proibido como *desvalor* da ação, há quem o considere como elemento do *desvalor* do resultado.⁸⁰ Andreas Hoyer é um dos autores que se manifesta nesse sentido. De acordo com o autor, quando se fala na criação de um risco não permitido, esse risco desempenharia o “papel de um resultado intermediário (*Zwischenerfolgs*) prévio ao resultado de lesão”.⁸¹ A referida afirmação parece ser no sentido de que a criação de um risco proibido pode ser tida como equivalente à criação de um perigo proibido, onde há um resultado jurídico anterior ao resultado de dano.

D’Ávila afirma que:

os crimes de perigo são possuidores de um autêntico desvalor de resultado e, por isso, traduzem fatos, em si mesmos ofensivos a bens jurídicos. O desvalor de resultado não se encontra deslocado em um ponto futuro, consistente em um provável dano/violação cuja elaboração da normas de perigo intencionaria evitar, mas em uma situação atual, já em si mesma dotada de desvalor – e que, diga-se, apenas nos precisos limites que o

⁸⁰ Nesse sentido se posicionam: ANDREAS HOYER, Kiel. Riego permitido y desarrollo tecnológico. In: *Revista de Derecho Penal*. V. 2, 2010. p. 250; MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 231; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 94; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. 45.

⁸¹ ANDREAS HOYER, Kiel. Riego permitido y desarrollo tecnológico. In: *Revista de Derecho Penal*. V. 2, 2010. p. 250.

seu desvalor comporta, é capaz de viabilizar qualquer ineligir acerca da sua capacidade de prevenção criminal -.⁸²

Para Modolell González, o conceito de *desvalor* do resultado deve ser entendido como “el juicio negativo que recae sobre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, realizado en atención a la función valorativa de la norma penal”.⁸³ Assim, uma lesão ou posta em perigo a um bem jurídico não exigiria, necessariamente, um efeito separado da conduta. Em outras palavras, o *desvalor* do resultado não estaria atrelado a um resultado externo, mas, sim, à desaprovação da lesão ou do perigo gerado ao bem jurídico.⁸⁴

Nesse mesmo sentido se posiciona Martin. Segundo ele, por mais que muitas vezes a conduta praticada pelo agente não resulte em dano, a mesma pode resultar em um perigo relevante para o bem jurídico tutelado. Esse perigo seria, portanto, um resultado e não uma qualidade da ação; pertenceria, portanto, ao *desvalor* do resultado, e não da ação.⁸⁵

Modolell González assim menciona:

el riesgo pudiera encuadrarse dentro de un concepto de resultado valorativo descartándose la lesión de un bien jurídico: el riesgo efectivamente existente (riesgo creado) sustituiría al resultado material (menoscabo efectivo de un bien jurídico), mientras que la conducta riesgosa sería equivalente al delito de mera actividad: el riesgo podría entenderse como un peligro de lesión de un bien jurídico, distinto de la propia conducta, o ésta se califica *per se* como riesgosa para un bien jurídico. (...) en vez de hablarse de los conceptos de resultado material y mera actividad (los cuales, según expresamos anteriormente, conforman el resultado valorativo), pudiera sostenerse que mediante los tipos delictivos se castiga o bien la existencia del riesgo o bien su creación, conformando ambas categorías el resultado valorativamente considerado. Entonces, dicho resultado valorativo pudiera apreciarse *ex post*, según lo cual habría que analizar si el riesgo creado es *per se* relevante, o si la conducta creadora del mismo configura un peligro relevante (aunque sólo sea desde un punto de vista estadístico).⁸⁶

Na concepção do autor, portanto, o risco faria parte do resultado valorativo. O risco seria, portanto, *desvalor* do resultado.⁸⁷ Assim, para que possamos determinar se o resultado pode ser imputado ao agente, deve-se levar em consideração a perspectiva *ex post* e não a *ex*

⁸² D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 96.

⁸³ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 236.

⁸⁴ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 220ss.

⁸⁵ MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 45.

⁸⁶ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 228s.

⁸⁷ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 231.

ante, pois a imputação objetiva consiste em um juízo sobre algo que já aconteceu, e não que irá acontecer.⁸⁸ Tal afirmação não significa dizer, no entanto, que a perspectiva *ex ante* não tenha importância ou que não deva ser levada em consideração; a perspectiva *ex ante* terá importante papel na determinação da relação entre a conduta do agente e a norma por ele violada.⁸⁹

De acordo com Martin, para que exista um ilícito faz-se necessária a criação de um risco não permitido, o que seria, segundo ele, a perigosidade. Essa perigosidade indicaria a existência do *desvalor* do resultado. Essa perigosidade seria o que ele chama de *desvalor* do resultado primário (*primäre Erfolgsunrecht*), de modo que o *desvalor* do resultado secundário consistiria na realização desse risco no resultado. O primeiro levaria em consideração um juízo *ex ante* e o segundo um juízo *ex post*.⁹⁰ D'Ávila assim explica:

O “risco de lesão ao bem jurídico” é concebido por Martin como uma etapa prévia à lesão – embora aberta, logicamente, no que tange a esta última – na qual é suficiente para a ofensa (*Angriff*) ao bem jurídico a “produção da fonte de perigo”. A “criação do risco” considerada como resultado da ação, afastaria a hipótese de mera desobediência à norma, trazendo um fundamento material para a punibilidade. O risco assume, pois, a posição de “ponto de partida material para a fundamentação da punibilidade da ação”, configurando aquilo que Martin denomina, no seguimento da terminologia de Wolter, de “ilícito primário de resultado” (*das primäre Erfolgsunrecht*).⁹¹

D'Ávila, por sua vez, difere do entendimento de Martin no que diz respeito à perigosidade, pois acredita que a mesma não pode ser tida como um resultado, uma vez que consistiria em uma característica da ação.⁹² Assim ele refere:

Se, de fato, a perigosidade fosse uma característica da conduta, sempre que esta fosse tomada individualmente e repetida em todas as *suas* gerais circunstâncias – repita-se, circunstâncias gerais da conduta -, deveria afirmar sempre a mesma perigosidade. Alguém, v.g., põe fogo em uma casa habitada. Outrem, entretanto, põe fogo na mesma

⁸⁸ Modolell traz como exemplo para demonstrar a importância do juízo *ex post* para determinar a imputação a condução em estado de embriaguez: “si una persona conduce en estado de ebriedade en una descampado, más concretamente, en un fundo de su propiedad, en el cual no se da por regla general la circulación de vehículos automotores ni de peatones, debe negarse la relevancia penal de dicha conducta. Obviamente, habría que determinar en el caso concreto cuál es la frecuencia de circulación de otros vehículos o de peatones. Éste análisis tiene naturaleza *ex post* ya que deben tomarse en cuenta todas las circunstancias sobrevenidas, es decir, una vez realizada la conducta, que permiten descartar la posibilidad del peligro”. (MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 242.)

⁸⁹ MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001. p. 317.

⁹⁰ MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 75s.

⁹¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 138.

⁹² D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 149.

casa que, no entanto, foi previamente isolada por um terceiro, de forma que ninguém pode ser atingido. As condutas em ambos os casos, são absolutamente idênticas em todas as suas características. O que muda é o contexto, os elementos exteriores a ele, e não, reitera-se, as suas características. O que esses elementos externos à conduta fazem, em uma e outra hipótese, é alterar as possíveis consequências de uma conduta idêntica e, assim, a sua relevância jurídico-penal. Logo, quando se pretende um acertamento nos termos acima propostos, pretende-se considerar o impacto da conduta em determinado meio e, não, como se quer crível, um juízo sobre a própria conduta. A perigosidade, nestes termos, é não a perigosidade da ação, *mas a perigosidade gerada pela ação*. É, portanto, um índice não de desvalor da conduta, mas notavelmente *de desvalor de resultado*.⁹³

Em razão do exposto, concordamos com D'Ávila no sentido de que a perigosidade referida por Martin não é a perigosidade da ação, que configuraria o *desvalor* da ação, mas, sim, a perigosidade gerada pela ação, ou seja o perigo, que seria o *desvalor* do resultado. Assim, tendo em vista os argumentos trazidos por D'Ávila, entende-se ser possível conceber o risco proibido como *desvalor* do resultado e não da ação, uma vez que o perigo proibido nada mais é do que um estado anterior ao resultado de dano.

⁹³ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 157s.

2 O RISCO PERMITIDO COMO A CATEGORIA AUTÔNOMA NO DIREITO PENAL

Conforme já foi exposto ao longo do capítulo anterior, parte-se do pressuposto de que o risco permitido deve, sim, ser considerada como um categoria autônoma pelo Direito Penal. No entanto, essa afirmação somente pode ser comprovada - cientificamente falando - quando confrontada com as demais categorias que teriam, de acordo com a doutrina, a mesma função que a do risco permitido, e que seriam, portanto, o motivo pelo qual sua existência é vista como supérflua, ou mesmo desnecessária.

Em razão disso, optou-se por realizar um breve panorama sobre como a questão do risco permitido é visto pela doutrina no primeiro capítulo deste trabalho, onde nos posicionamos acerca do risco permitido como uma categoria autônoma, reconhecendo-o, ademais, como excludente da tipicidade e do *desvalor* do resultado. Tais posicionamentos serão de suma importância para a construção do segundo capítulo e para que o leitor possa compreender os posicionamentos que aqui serão adotados.

Assim, o presente capítulo tem como objetivo confrontar as hipóteses sustentadas no capítulo anterior, comparando o instituto do risco permitido com outros institutos que são tidos por parte da doutrina como análogos a ele; de modo a verificar se as hipóteses anteriormente afirmadas se confirmam.

2.1 A DIFERENÇA ENTRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E O RISCO PERMITIDO

O princípio da adequação social⁹⁴ – ao qual se atribuí a autoria a Welzel⁹⁵ - baseia-se na ideia de que comportamentos que em um determinado momento histórico acabem por ser

⁹⁴ Stratenwerth afirma que: “la fórmula de la adecuación social se ha ligado desde tiempo atrás a la idea de que no toda puesta en peligro de otros puede estar prohibida, sino sólo se puede exigir observar determinada medida mínima de cuidado y consideración. Este criterio aparece recién en la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia característica de la industrialización. El tránsito vial motorizado configura el ejemplo más claro de ello, pelo no el único. La utilización de las fuentes de energía modernas, la construcción de grandes obras elevadas y subterráneas, la explotación de riquezas del suelo (...). Todo ello tendría que estar prohibido si uno quisiera eliminar todo peligro. En lugar de ello, sólo puede ser exigido restringir el peligro a aquel mínimo que no puede ser eliminado en absoluto o que puede serlo sólo con un esfuerzo desproporcionado (...)”. (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Thomson, Civitas, 2000. p. 136.) Do trecho citado, nos parece que o autor entende o risco permitido e a adequação social como categorias que teriam a mesma função e seriam, portanto, sinônimos. Dessa forma, deve-se optar por uma delas, não podendo ambas coexistir na sistemática da teoria do delito.

⁹⁵ A doutrina afirma que o conceito de adequação social foi desenvolvido por Welzel em 1939 em um artigo publicado por ele na revista alemã “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”. Nesse sentido: MEJÍA,

considerados pela comunidade como socialmente éticos não poderiam ser proibidos pelo direito penal.⁹⁶ As condutas tidas como socialmente adequadas não poderiam, portanto, estar situadas dentro do âmbito da tutela penal,⁹⁷ sendo elas vistas como normais e habituais, ainda que pudessem ser subsumidas a um tipo penal,⁹⁸ pois o próprio tipo penal teria um caráter social, devendo selecionar apenas comportamentos que fossem tidos como inadequados a uma vida social ordenada.⁹⁹

No entanto, não seria toda e qualquer conduta que teria o condão de afastar a aplicação do tipo penal. Importante salientar que as condutas socialmente adequadas não são, necessariamente, aquelas tidas como exemplares, mas sim as que se manifestam dentro da liberdade de ação social, o que, sem dúvida, acarreta uma dificuldade de delimitação.¹⁰⁰ Para que uma conduta seja socialmente adequada ela deve ser tida como necessária e correta pela comunidade, de modo a representar o interesse comum desta mesma comunidade.¹⁰¹ Dessa

Enrique Ramos. El derecho penal y la acción socialmente adecuada. In: *Nuevo Pensamiento Penal*: Revista de derecho y ciencias penales. v. 3, 1974. p. 181-190.

⁹⁶ A doutrina discute a respeito do papel que o princípio da adequação social teria dentro da teoria do delito e da sua localização dentro do crime. Alguns autores afirmam que o princípio da adequação social seria excludente de tipicidade (Nesse sentido: REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 27, v. 7, 2007. p. 219; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La adecuación social de la conducta. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*: Argentina. n. 1, 1971. p. 72; OTTO, Harro. La adecuación social como principio de interpretación. In: *Revista de derecho penal y procesal penal*. n. 10, 2012. p. 1709.). Alguns afirmam que tal princípio não seria necessário (Nesse sentido: ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. n. 12, v. 7, 2001. p. 83; 91; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. P. 152.). Há ainda quem entenda tal princípio com um princípio interpretativo do tipo, o que ao nosso ver seria o mesmo que reconhecê-lo como excludente de tipicidade (Nesse sentido: MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. V. 1. Tradução da 7 ed por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. P. 280; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. P. 272; PREUSS, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*. Duncker & Humblot: Berlin, 1974. P. 97; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. P. 295 e 297; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. In: *Revista Penal*. n. 9, 2002. p. 129.).

⁹⁷ O conceito de adequação social foi, posteriormente, retomado e estudado por Zipf e Roeder. Zipf evidenciou o aspecto normativo da adequação social. Na sua concepção, as condutas tidas como socialmente adequadas seriam definidas pela comunidade jurídica com base nos comportamentos por ela socialmente reconhecidos. Já Roeder trabalhou a adequação social sob uma perspectiva histórica, de modo a dar espaço a um ponto de vista empírico, daí a importância da sua contribuição. SCHÜRER-MOHR, Wiebke. *Erlaubte Risiken*. Grundfragen des “erlaubten Risikos” im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998. p. 76.

⁹⁸ ROEDER, Hermann. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechsaufbau*. Duncker & Humblot: Berlin, 1969. P. 13.

⁹⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 72s.

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Parte General. 11 ed. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997. p. 67.

¹⁰¹ Nesse sentido refere Rueda Martín: “Así pues, la cuestión de la determinación de la adecuación social es una cuestión eminentemente valorativa y a la hora de llevar a cabo esta valoración entran en juego una serie de consideraciones como la utilidad de la conducta en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos. Sin embargo, es necesario advertir que los riesgos que hay que incluir en esta sede son los riesgos propios de una determinada clase de actividad, que Mir Puig denomina socialmente adecuada como el deporte, el tráfico, la industria, etc., en los que la utilidad social típica de ese sector de actividad impide considerarla como «típicamente

forma, nota-se que o conceito de adequação não é um conceito empírico, mas, sim, um conceito normativo, devendo ser valorado, ainda que a manifestação de um componente empírico – qual seja, a prática da conduta pela comunidade - tenha relevância, apenas a sua existência não é suficiente para a consideração da conduta como socialmente adequada.¹⁰²

Welzel afirma que o tráfego de veículos, ferroviário ou aéreo seriam exemplos de condutas socialmente adequadas, de modo que o sobrinho que incentiva um tio, do qual é herdeiro, a utilizar meios de transporte com frequência na esperança de que o mesmo seja vítima de um acidente e acabe morrendo, não realizaria nenhuma conduta típica se em razão da utilização desses meios sobrevier a morte do tio. Aquilo que se mantém dentro dos limites da liberdade de atuação social seria tido como socialmente adequado, ainda que produzisse um eventual resultado danoso. Welzel suscita como uma de suas preocupações a determinação dos limites dessa liberdade de atuação social, ou seja, o que determinaria o que deve ser tido como socialmente adequado.¹⁰³ A fim de ilustrar esse ponto, ele refere o seguinte exemplo:

O ato de servir bebidas alcóolicas é uma conduta socialmente adequada (“usual”), apesar dos perigos que o consumo de álcool implica para a capacidade de dirigir dos clientes no tráfego motorizado. “Se o garçom... tivesse que responder penalmente pelas possíveis consequências do consumo excessivo de álcool, converter-se-ia, na maioria dos casos, em razão do dever de garante, em uma espécie de tutor ou guardião de seus clientes” (BGH 19, 152). Por isso, a conduta da servir bebidas alcóolicas fica excluída dos tipos dos delitos, ainda que, como consequência, produza a lesão de um bem jurídico. Somente quando “a embriaguez do cliente alcançou, sem dúvida, um grau tal que ele já não pode atuar de modo responsável”, o ato de servir bebidas alcóolicas adquire relevância para as precauções de segurança que o garçom deve adotar para a proteção da coletividade e do cliente.¹⁰⁴

relevante». De este modo el «fin acreedor», el «valor preponderante para la generalidad» son criterios de la permisión y la utilidad social depende de si el sector de la actividad, a la que pertenece la acción respectiva, es socialmente útil. Entonces, en el análisis de este nivel debemos partir de una ponderación de intereses en la que los objetos de la ponderación son el valor e interés de la utilidad social que produce una determinada actividad social y, con carácter general, el desvalor de los riesgos de la misma.” (RUEDA MARTÍN, Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Exemo. Sr. Bacigalupo Zapater). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n. 7, 2001. P. 450)

¹⁰² MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. V. 1. Tradução da 7 ed por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. P. 278.

¹⁰³ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 73s.

¹⁰⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

A adequação social é tida por Welzel como uma pauta para os tipos penais,¹⁰⁵ na medida em que representaria “o âmbito do ‘normal’ da liberdade de atuação social”.¹⁰⁶ De acordo com a concepção de Welzel, apenas as condutas que excedessem o “normal”, ou seja, o socialmente adequado, poderiam ser tidas como contrárias ao dever de cuidado.¹⁰⁷ A adequação social surge, portanto, como uma forma de moderar a aplicação do Direito Penal, fazendo com que além da necessidade de produção de lesão a bens jurídicos, se passe também a exigir a afetação da vida social em razão da lesão produzida. A lesão deve ser significativa a ponto de se tornar intolerável à determinada comunidade, pois se assim não o for, a tipicidade deverá ser afastada.¹⁰⁸

Apesar da valiosa contribuição de Welzel no desenvolvimento do princípio da adequação social, diversas críticas foram levantadas contra o mesmo. Um dos pontos discutidos diz respeito à imprecisão do conceito de adequação social, na medida em que não se precisa quais condutas poderiam ser tidas como adequadas. Nessa concepção, a mera referência a condutas cotidianas ou tidas como normais por uma comunidade não seria suficiente para suprir essa lacuna, fazendo com que tal conceito se torne demasiado impreciso, gerando insegurança jurídica.¹⁰⁹ Para Roxin, a adequação social em que pese tenha relevância para a determinação do risco permitido, na medida em que ao se estabelecer o nível do que será tido como permitido deve-se levar em consideração a suportabilidade social da conduta, não deve ser vista como uma excludente de tipicidade. Segundo ele, as ponderações feitas através da utilização da adequação social como critério podem ser realizadas da mesma maneira, e de forma menos nebulosa, por meio de critérios auxiliares interpretativos mais precisos, sendo possível verificar essa valoração, por exemplo, no momento da imputação do resultado.¹¹⁰

¹⁰⁵ É importante salientar que ao longo de suas publicações Welzel mudou seu posicionamento diversas vezes a respeito da função da adequação social dentro da teoria do delito, tendo ele definido, inicialmente, que esta seria excludente da tipicidade, e posteriormente defendeu ser excludente da ilicitude, oscilando entre essas posições. Sobre os posicionamentos de Welzel ver: ROEDER, Hermann. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechsaufbau*. Duncker & Humblot: Berlin, 1969. p. 14ss.

¹⁰⁶ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

¹⁰⁷ É importante salientar que nesse escrito Welzel não faz nenhum tipo de distinção entre o dever de cuidado e o risco permitido. Vide WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 98ss.

¹⁰⁸ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 91.

¹⁰⁹ OTTO, Harro. La adecuación social como principio de interpretación. In: *Revista de derecho penal y procesal penal*. n. 10, 2012. p. 1708.

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 295s.

Martinez Escamilla¹¹¹ afirma que os casos em que se está diante de condutas socialmente adequadas se manifestariam de duas formas. A primeira seria o próprio risco permitido, em que a conduta praticada não ultrapassa o risco socialmente tolerado, como no caso da observância das regras de trânsito. A segunda diz respeito aos casos em que a conduta em si é subsumível ao tipo, no entanto a sua prática não gera lesão relevante – significativa – ao bem jurídico tutelado pela norma, como no caso daquele que presenteia funcionários na época do natal. No entanto, os casos abarcados na segunda forma seriam facilmente resolvidos com base no princípio da insignificância, não sendo, portanto, necessário recorrer à adequação social para que ocorra a exclusão da tipicidade da conduta.¹¹² Ela refere como exemplo o corte de unhas e de cabelo, os quais consistem em uma lesão corporal, no entanto, em razão da ínfima ofensa causada ao bem jurídico é tida como atípica não por ser socialmente adequada, mas sim por ser insignificante.¹¹³

Roxin afirma que a solução dos problemas dos quais se ocupa a adequação social poderiam ser resolvidos por meio de outros critérios, os quais ofereceriam soluções mais adequadas. O autor assim refere:

Dicho procedimiento es preferible a la invocación indiferenciada a la adecuación social de esas acciones, pues evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos. Además, sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal, pero en cambio otra parte, como v.gr. los hurtos bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes; mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación.¹¹⁴

O fato de não se ter um conceito determinado a respeito do que seria a adequação social, além de torná-la uma categoria imprecisa, faz com que a mesma acabe por ser confundida com outras categorias.¹¹⁵ Assim, muito se discute a respeito da diferença entre risco permitido e adequação social, sendo ambos considerados, eventualmente, como sinônimos.

¹¹¹ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 150.

¹¹² Nesse sentido também: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 295s.

¹¹³ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 151.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 297.

¹¹⁵ Um dos autores que sustenta uma distinção entre o dever de cuidado e a adequação social é Gonzáles de Murillo. Para ele, a adequação social não poderia ser vista como critério idêntico ao dever objetivo de cuidado, pois ela representa um modelo geral de conduta, enquanto o dever de cuidado diz respeito à análise do caso concreto, o

Gil Gil é uma das autoras que acredita existir uma identificação entre o risco permitido e a adequação social. Na sua concepção, a diferença entre risco permitido e adequação social estaria no fato de que na adequação social a aferição do bem jurídico é valorada de modo a considerar adequado o consumo do bem jurídico tutelado pela norma, ao passo que no risco permitido a aferição do bem jurídico não seria essencial para a realização da atividade, pois o que teria relevância não seria o consumo adequado do bem, mas sim o risco em relação ao bem jurídico. Dessa forma, ambos os casos têm a mesma consequência para a tipicidade, excluindo-a diante da inexistência de *desvalor* da ação. Na concepção da autora, a adequação social e o risco permitido estariam, portanto, fusionados, como se uma única categoria fossem.¹¹⁶

Nesse mesmo sentido se posiciona Schürer-Mohr. Segundo ele, o risco permitido consistiria em uma conduta que deve ser tida como permitida, ou seja, aceita, enquanto a adequação social fundamenta a permissão de determinada conduta tida como arriscada. Nessa concepção, a adequação social e o risco permitido possuem, na verdade, um motivo idêntico de existir. Ambos reconhecem que determinadas formas de agir, ainda que dotadas de um potencial perigo a bens jurídicos, não podem justificar a existência de uma pena. É exatamente a aceitação de condutas perigosas pela sociedade que faz com que não seja possível a constituição do ilícito nestes casos, de modo que, ao ver do autor, não se pode afirmar que a adequação social e o risco permitido não tenham ao menos uma parcial identificação.¹¹⁷

Um dos autores que sustenta uma distinção entre risco permitido e adequação social é Otto. Para ele, o risco permitido não se preocupa em analisar se o risco criado tinha relevância jurídica ou não, mas sim em analisar se era legítimo ou não, de modo que apesar de se criar um risco juridicamente relevante, tal risco é tido como permitido. Já nos casos de adequação social

que ao ver do autor é discutível, uma vez que o juízo a respeito do que é adequado ou não socialmente somente poderia ser feito à luz do caso concreto. (GONZÁLES DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del delito imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, 1991. p. 130) Nesse mesmo sentido manifesta-se Corcoy Bidasolo, para quem a adequação social poderia ser vista como um critério delimitador do dever objetivo de cuidado. Ainda assim, segundo ele poder-se-ia encontrar outros critérios interpretativos para determinar o dever objetivo de cuidado sem recorrer a adequação social. Dessa forma, nos casos em que não se dispõe de regras de cuidado para determinar o nível do risco a ser considerado como permitido, não haveria outra solução que não seja recorrer ao princípio da adequação social como um critério interpretativo de modo a determinar se o risco criado pelo agente era ou não proibido. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona: Junior, 1988. p. 421ss). Assim também: CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. 1996: vol. 2 (3). p. 97.

¹¹⁶ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. p. 220s.

¹¹⁷ SCHÜRER-MOHR, Wiebke. *Erlaubte Risiken*. Grundfragen des “erlaubten Risikos” im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998. p. 78s.

o risco criado, em sua maioria das vezes, ultrapassa o nível do permitido, contudo a conduta é tida como socialmente adequada pela sociedade, mas o risco, em si, não é um risco permitido.¹¹⁸

De acordo com Maiwald, a adequação social e o risco permitido não se contradizem.¹¹⁹ No entanto tais conceitos, ao ver do autor, estariam em planos intelectuais distintos, uma vez que o conceito de adequação social seria a razão material da licitude de determinada conduta, ao passo que o risco permitido apenas diz quais condutas podem ser praticadas, sem questionar a respeito do porquê da sua permissão, sendo, segundo ele, um conceito meramente formal. Esses dois institutos teriam funções distintas. O risco permitido visaria a informar que certos riscos podem ser criados desde que o sejam até um determinado patamar e de acordo com determinadas regras, enquanto a adequação social seria, na verdade, um dos motivos pelos quais a conduta arriscada seria lícita.¹²⁰

Nesse mesmo sentido se manifesta Gonzáles de Murillo, para quem a adequação social representaria o motivo pelo qual a conduta é permitida, qual seja, a sua conformidade com a normalidade social. O risco permitido, portanto, expressaria qual conduta arriscada poderia ser praticada, seria apenas um conceito formal ao qual a adequação social aferiria o conteúdo material.¹²¹

Para Preuss, o princípio da adequação social não pode ser tido como um conceito geral (*Oberbegriff*) para todo e qualquer caso que trate do risco permitido, pois muitos desses casos podem ser resolvidos mediante a utilização de outros critérios, como, por exemplo, a previsibilidade, o consentimento, entre outros. Nessa concepção, a adequação social seria

¹¹⁸ OTTO, Harro. La adecuación social como principio de interpretación. In: *Revista de derecho penal y procesal penal*. n. 10, 2012. p. 1706-1718. p. 1711.

¹¹⁹ Para tornar mais clara essa distinção, Mainwald refere o seguinte exemplo: “No es peligroso (bajo circunstancias normales) estrecharle la mano a otro para saludarlo; y en todo caso es terminológicamente posible caracterizar el estrechar la mano como una acción socialmente adecuada. Por otro lado, es peligroso, en un partido de fútbol, quitarle el balón de los pies al contrario a toda carrera, aun cuando uno se comporte de modo totalmente acorde con el reglamento; sabido es que tal acción es considerada socialmente adecuada, y, por ese motivo, conforme a derecho. Es manifiesto que en el primer ejemplo no existe ningún contacto con un riesgo permitido, dado que, por definición, la *falta* de peligrosidad (en circunstancias normales) excluye un riesgo. En el ejemplo del partido de fútbol, en cambio, se trata precisamente de una acción riesgosa, y ésta, por el hecho de ajustarse a las reglas, está permitida. Es que si se parte de que la adecuación social expresa la clasificación correcta de las puestas en peligro en el deporte, el ejemplo muestra que – considerado ante todo terminológicamente – la adecuación social y el riesgo permitido no se contradicen entre sí. Pus la denominación ‘riesgo permitido’ sólo expresa que a una conducta determinada no se le vincula una reprobación (jurídica), cualesquiera que sean las razones.” (MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del derecho penal. Marcelo A. Sancinetti (traducción) Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 12s)

¹²⁰ MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del derecho penal. Marcelo A. Sancinetti (traducción) Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 13.

¹²¹ GONZÁLES DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del delito imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones, 1991. p. 124.

apenas um critério auxiliar na determinação do ilícito-típico culposo, e não o único fundamento do risco permitido.¹²²

Rueda Martín identifica como característica comum tanto do risco permitido, como da adequação social, a existência de um resultado lesivo, bem como o fato da sua análise se dar sempre em relação ao *desvalor* da ação,¹²³ e não em relação ao *desvalor* do resultado.¹²⁴ Por isso, o que une os dois institutos, ao ver do autor, é o fato da não punibilidade das condutas praticadas, seja dentro do patamar tido com permitido, seja no âmbito da adequação social, de modo que neste último caso amplia-se a liberdade dos sujeitos apesar da existência da tipicidade formal. A diferença entre os institutos começaria a ser percebida no momento em que se fosse fundamentar o motivo pelo qual não são puníveis.¹²⁵ Assim ele refere:

La exclusión del resultado típico en los casos aglutinados en el instituto de la adecuación social se fundamenta en una interpretación teleológica restrictiva de los tipos, en la que deberán tenerse en cuenta las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes, pues ellas influyen decisivamente en el ámbito de protección de los bienes jurídicos. Mientras que en los supuestos de riesgo permitido la inexistencia del resultado típico se explica porque, penalmente, no se puede desvalorar un resultado que no ha sido producido con dolo o imprudencia.¹²⁶

A fundamentação proposta por Rueda Martín nos casos em que se excluí a tipicidade em razão da adequação social da conduta nos parece coerente, na medida em que se faria uma análise interpretativa do tipo a fim de se verificar se aquela conduta produziu um resultado que poderia ser tido, de fato, como lesivo por uma determinada comunidade, pois caso não o seja, ao nosso ver, não há que se falar na existência de tipicidade material, diante da

¹²² PREUSS, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Srafrecht*. Duncker & Humblot: Berlin, 1974. p. 97.

¹²³ De acordo com Figueiredo Dias, entende-se *desvalor* da ação como: “o conjunto de elementos subjectivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 285)

¹²⁴ Por *desvalor* do resultado entende-se: “a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito (...) que perfeccionam a figura do delito”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 285s.)

Para D’Avila, o *desvalor do resultado é desvalor de ofensa*. “Não se confunde com o resultado em uma perspectiva natural, entendido como modificação do mundo exterior, e tampouco com o objeto da ação. Trata-se do *desvalor expresso pela ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao objeto de tutela da norma*.” (D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v. 24, n. 121, jul. 2016, p. 115.)

¹²⁵ RUEDA MARTÍN, Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Exemo. Sr. Bacigalupo Zapater). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n. 7, 2001. p. 447s.

¹²⁶ RUEDA MARTÍN, Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Exemo. Sr. Bacigalupo Zapater). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n. 7, 2001. p. 455.

inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado. Contudo, no que tange à análise da fundamentação do risco permitido o autor caminha em sentido oposto, pois o risco permitido não irá se preocupar com o elemento subjetivo da conduta, ou seja, com a vontade do agente. Assim, é irrelevante se o sujeito agiu com dolo ou com culpa, desde que ele tenha se mantido dentro do patamar que se considera como permitido.¹²⁷

O que nos parece é que ambos os institutos possuem pontos em comum, de modo que não se pode dizer que sejam opostos, mas também possuem pontos que acentuam suas diferenças. Tanto a adequação social como o risco permitido visam abarcar condutas como o tráfego de veículos, ferroviário, aéreo; atividades que, em si, resguardam um risco considerável para a sociedade mas que são necessárias para o seu desenvolvimento. Ocorre que o princípio da adequação social é um critério demasiado volátil e indeterminado, não tendo baliza alguma para delimitá-lo. Dessa forma, a sua delimitação estaria sempre vinculada à discricionariedade do julgador, o que traz uma enorme insegurança jurídica.

Assim, ao nosso ver, ainda que seja possível identificar o risco permitido e o princípio da adequação social, este deve ser abandonado pela doutrina, uma vez que os casos que se propõe a solucionar podem ser, facilmente, resolvidos através dos critérios da teoria da imputação objetiva¹²⁸ – ou seja, pelo risco permitido -, ou, como afirma Roxin, pelo princípio da insignificância. A diferença, portanto, entre o risco permitido e o princípio da adequação social estaria na amplitude e indeterminação dessas categorias, enquanto o princípio da adequação social seria algo demasiado impreciso, o risco permitido seria mais preciso, sendo delimitado por uma série de critérios, os quais serão objeto de análise no capítulo seguinte.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE O DEVER DE CUIDADO E O RISCO PERMITIDO

2.2.1 Aspectos gerais do dever de cuidado na teoria do delito

Nem toda conduta que seja adequada para produzir um eventual dano a um bem jurídico será, necessariamente, objeto de tutela pelo Direito Penal. É nessa perspectiva que o dever de cuidado¹²⁹ passa a ser é um dos elementos essenciais no ilícito-típico negligente.

¹²⁷ Aqui faz-se uma ressalva importante no que tange aos casos que tratam dos conhecimentos especiais do agente, o que será objeto de análise no segundo capítulo do presente trabalho.

¹²⁸ Nesse sentido também se posiciona Greco: GRECO, Luis. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33.

¹²⁹ A fim de evitar eventuais equívocos, importante distinguir o dever de cuidado, o qual está associado à norma jurídica, da lesão deste dever. Na concepção de Tavares, o dever de cuidado tem características normativas, impondo-se de modo concreto a todos que vivem em uma sociedade e desenvolvem alguma atividade. Já a lesão

Para que um resultado possa ser imputado ao agente não basta apenas que ele lhe dê causa. Faz-se necessário, para além disso, verificar o modo pelo qual o sujeito pôs em prática a sua conduta.¹³⁰ No caso do tipo de injusto negligente (crime culposo) o resultado deve ocorrer em razão da inobservância das exigências de cuidado, sendo também previsível pelo agente. Dessa forma, se não há infração do dever de cuidado, não há ilícito-típico negligente.¹³¹

A principal característica dos crimes negligentes seria a “violação pelo agente de um dever de cuidado que sobre ele juridicamente impende.”¹³² A relevância do dever de cuidado é tão grande nos crimes negligentes, que Faria Costa chega a firmar que o primeiro elemento nominal da negligência seria o não proceder com cuidado.¹³³

Por muito tempo sustentou-se que o dever de cuidado não deveria ser objeto de análise do injusto. Contudo, posteriormente, optou-se pela divisão do dever de cuidado em objetivo e subjetivo, de modo que o cuidado objetivo seria analisado já no injusto, enquanto o subjetivo seria objeto de análise na culpabilidade, uma vez que levaria em consideração os conhecimentos e capacidades individuais do sujeito.¹³⁴

O dever objetivo de cuidado é assim chamado pois não leva em consideração as capacidades individuais do agente que praticou a conduta descuidada. Segundo Corcoy Bidasolo, “o dever objetivo de cuidado compreende todos os deveres genéricos de cuidado que ex ante apareçam como adequados para evitar a lesão a um bem jurídico”.¹³⁵ Dessa forma, seria

ao dever de cuidado resulta exatamente na omissão da ação cuidadosa imposta pela norma, no sentido de proteger determinados bens jurídicos. Assim, não haverá tipicidade “se a ação realizada pelo agente era adequada ao objetivamente exigido”, ao passo que haverá a lesão ao dever de cuidado quando, na condução de uma atividade, for omitida alguma exigência protetiva imposta anteriormente pela norma. (TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 138.)

¹³⁰ A respeito disso Lynett traz o seguinte exemplo: “(...) los cochos A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no ha determinado aún la antijuridicidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijurídicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la derecha; al entrar en la curva se había mantenido en la parte derecha de la carretera; para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. la acción de A era – a pesar de la lesión de B – correcta, cuidadosa, conforme a derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado que proporciona el fundamento objetivo del juicio de la antijuridicidad (...)” (LYNETT, Eduardo Montealegre. La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de cuidado. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 14. N. 2/3. Mayo-diciembre, 1987. p. 25)

¹³¹ ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984. p. 326s.

¹³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. P. 868.

¹³³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 471.

¹³⁴ ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984. p. 327.

¹³⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 215.

irrelevante o cuidado que o agente poderia ter aplicado no momento da ação, importa apenas o cuidado exigível nas relações sociais. Para determinar qual seria o cuidado exigível, utiliza-se como parâmetro a conduta que teria praticado um homem racional e prudente na mesma situação que o agente.¹³⁶ Essa análise se daria mediante um juízo valorativo por parte do juiz.¹³⁷

Segundo Muñoz Conde, o dever de cuidado objetivo é composto por dois juízos, o primeiro, intelectual, o qual trataria da previsibilidade objetiva; e o segundo valorativo, que determinaria como contrária ao dever de cuidado a conduta praticada abaixo da medida tida como socialmente adequada.¹³⁸ O dever de cuidado teria, ademais, dois planos diferentes; o primeiro seria o seu substrato material, que consistiria na criação ou aumento do perigo para o bem jurídico tutelado; já o segundo diria respeito à desaprovação desses comportamentos pelo ordenamento jurídico.¹³⁹

Para Corcoy Bidasolo, o processo de determinação do dever de cuidado também se dividiria em duas fases, contudo, diferentemente de Muñoz Conde, a primeira análise consistiria na verificação da observância das regras de cuidado (regras técnicas); ao passo que a segunda fase ater-se-ia às capacidade do autor e às circunstâncias exteriores concorrentes, questionando, por exemplo, “qual seria ‘a conduta necessária no tráfego’” de veículos.¹⁴⁰

Parte da doutrina sustenta que os conhecimentos e capacidade individuais dos sujeitos não devem ser levados em consideração para a aferição da violação do dever de cuidado no âmbito da tipicidade. Nessa concepção, a utilização os conhecimentos e capacidades especiais na análise do dever objetivo de cuidado representaria uma infração ao princípio da igualdade perante a lei.¹⁴¹

Luzón Peña, apesar de rechaçar a aplicação dos conhecimentos individuais para fins de determinação do dever de cuidado, afirma que nos casos em que o agente possui conhecimentos especiais ou superiores e não os utiliza de modo a não prever a produção do resultado haveria uma infração do dever de cuidado objetivo, e não subjetivo, em razão da previsibilidade objetiva. A previsibilidade objetiva consiste em estabelecer o que o homem

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 302.

¹³⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 216.

¹³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 302.

¹³⁹ TORÍO LÓPEZ, Ángel. El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 33. Fasc/Mes 1, 1980. p. 87.

¹⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 216.

¹⁴¹ ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984. p. 328.

prudente, inteligente e cuidadoso poderia prever no momento da prática a sua conduta. Para essa aferição, coloca-se esse homem ideal na posição do sujeito real, a fim de verificar como o homem ideal agiria na situação concreta, comparando a sua conduta com a do sujeito real. Os conhecimentos especiais do autor poderiam ser, em casos profissionais, transferíveis ao sujeito ideal. Contudo, as capacidades especiais pessoais do agente, como, por exemplo, perícia, habilidade, não seriam transferíveis ao profissional ideal fictício.

Pensemos em um médico, por exemplo, que possui conhecimentos especiais para além do normal (do médico ideal, prudente, fictício) e não os utiliza, realizando o atendimento ao paciente apenas com os conhecimentos básicos de um médico comum. Nesse caso, não se poderia afirmar que mesmo agiu em desconformidade ao cuidado objetivo, ainda que verificado que se ele tivesse utilizado todos os seus conhecimentos a morte do paciente não teria ocorrido, pois as suas capacidades especiais não seriam transferíveis ao sujeito ideal utilizado como parâmetro para a verificação da observância do dever de cuidado.¹⁴²

O dever objetivo de cuidado não pode ser visto como um critério fechado, deve ser visto como um critério maleável, ajustando-se de acordo com a situação concreta, a capacidade do autor, bem como o reconhecimento da conduta como socialmente adequada, o que se daria em um determinado limite de tempo e de lugar, sendo, portanto, variável.¹⁴³

A concepção objetiva do dever de cuidado não fornece critérios suficientes para a sua determinação, uma vez que o homem médio e cuidadoso consiste em uma figura fictícia e ideal, convertendo a análise do caso concreto a uma abstração. Nesse sentido questiona Espinar:

¿Por qué razón la contrariedad al deber de cuidado de un conductor de cincuenta años, novato y asustadizo (que conduce tomando en cuenta su capacidad) debe confrontarse con la imagen del conductor medio cuidadoso – si, en definitiva, el mandato jurídico-penal sólo puede pretender que se haga lo posible? ¿Por qué y cómo generalizar respecto del hombre medio cuidadoso para juzgar la conducta del investigador nuclear cuando el hombre medio de la calle normalmente no suele manipular ingenios atómicos?¹⁴⁴

Com o intuito de superar as dificuldades e os equívocos que advêm da utilização do homem prudente com critério, propõe-se como solução a utilização do juízo de previsibilidade objetiva como forma de levar em consideração os conhecimentos especiais do sujeito. Tal

¹⁴² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996. p. 502.

¹⁴³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 218.

¹⁴⁴ ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984. p. 329.

proposta procuraria observar o dever de cuidado em concreto, analisando as singularidades das circunstâncias e do autor. Apesar da inegável contribuição dessa tentativa, De La Cruz¹⁴⁵ questiona se essa proposta não acabaria subjetivizando o dever de cuidado. O mais grave, ao seu ver, não seria isso, mas sim o fato da subjetivação operar em um único sentido, tendo relevância apenas quando prejudicar o agente, na medida em levaria em consideração apenas os casos de conhecimentos especiais, desconsiderando os casos de especial ignorância.¹⁴⁶

Nota-se, portanto, que determinados casos não apresentam uma solução adequada se não forem levados em consideração os conhecimentos individuais do agente. A prova disso é a impossibilidade de determinar a violação do dever de cuidado em alguns casos sem a remissão aos conhecimentos e capacidades especiais do sujeito. Esse mesmo critério produz situações em que há excesso de punibilidade, como nos casos em que o agente é incapaz de reconhecer os riscos que irão advir da prática da sua conduta por um defeito de previsibilidade ou de habilidade – como seria o caso de um médico iniciante e sem experiência. Nesses casos, o critério do homem médio não poderia ser aplicado, pois não estamos diante de homens com conhecimentos na média, mas sim de homens com conhecimento inferior ao da média.¹⁴⁷

É nesse sentido que mostra a necessidade de um cuidado subjetivo, o qual levaria em consideração os conhecimentos e capacidades individuais do agente. O cuidado subjetivo refere-se à atitude interna do agente, no emprego dos seus aparatos físicos e psíquicos.¹⁴⁸ Segundo a concepção do cuidado subjetivo, o critério do homem médio não seria suficiente, nem mesmo satisfatório, de modo que seria necessário adotar uma postura individualizadora, incorporando à análise do dever de cuidado os conhecimentos e as capacidades do sujeito.¹⁴⁹

A grande preocupação do cuidado subjetivo diz respeito às pessoas que possuem capacidades inferiores às do homem médio. Nesses casos, a responsabilização daqueles que não tinham como evitar a infração do dever de cuidado acarretaria a responsabilidade objetiva.¹⁵⁰

¹⁴⁵ DE LA CRUZ, Alex van Weezel. Parametros para el enjuiciamiento de la infraccion al deber de cuidado en los delitos imprudentes. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 26. N. 2, 1999. p. 325.

¹⁴⁶ Nesse sentido De La Cruz refere: “Pero el verdadero problema se plantea en los casos en que el sujeto ni siquiera tiene la instrucción o capacidad necesarias para percatarse de aquellos riesgos de los que sí se percataría una persona más dotada. Si se opera en estos casos, con la solución de la tesis objetiva, se acabaría prohibiendo la ejecución de la acción riesgosa a un autor incapacitado para percibir esos riesgos.” (DE LA CRUZ, Alex van Weezel. Parametros para el enjuiciamiento de la infraccion al deber de cuidado en los delitos imprudentes. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 26. N. 2, 1999. p. 327.)

¹⁴⁷ DE LA CRUZ, Alex van Weezel. Parametros para el enjuiciamiento de la infraccion al deber de cuidado en los delitos imprudentes. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 26. N. 2, 1999. p. 329.

¹⁴⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. N. 1, v. 27, 1974. p. 28.

¹⁴⁹ REYES ROMERO, Italo. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. In: *Política Criminal*. V. 10. N. 19, 2015. p. 59.

¹⁵⁰ REYES ROMERO, Italo. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. In: *Política Criminal*. V. 10. N. 19, 2015. p. 74.

Muitos autores enxergam o dever de cuidado como uma categoria que pode ser vista por diversas perspectivas. Surgem, assim, desdobramentos do dever de cuidado, como o *cuidado interno* e o *cuidado externo*.

O *cuidado interno* seria a primeira dimensão do cuidado. Esse *cuidado interno* se daria mediante a identificação e a valoração dos perigos que cercam o bem jurídico. Seria, portanto, um dever de exame preliminar, onde analisaríamos as condições em que a conduta seria praticada, realizando um cálculo a respeito da sua evolução a fim de verificar como a mesma poderá se desenvolver, além de observar a possível repercussão que tal conduta pode ter em relação ao bem jurídico protegido (geração de riscos/geração de dano).¹⁵¹

Busca-se no *cuidado interno* conhecer o risco ao qual a conduta do agente está vinculada, ou seja, “adquirir el punto de vista interno cognitivo correcto y, por ende, a evitar las valoraciones erróneas”.¹⁵² A forma pela qual ocorre esse conhecimento pode se dar pela mera atividade de pensar – ou seja, reflexão, memória etc -, mas também mediante uma ação exterior – como, por exemplo, a obtenção de informações. No *cuidado interno* ter-se-ia uma aquisição de conhecimentos, de modo que o agente agiria no sentido de adquirir todos os conhecimentos possíveis acerca da conduta que pretende praticar.¹⁵³

O *cuidado interno* seria, portanto, “uma diretriz normativa para a formulação de uma correta representação da situação objetiva e para a previsão das consequências causais das diversas formas de conduta possíveis na situação concreta”.¹⁵⁴

As valorações equivocadas somente teriam relevância quando o agente estivesse obrigado ao *cuidado interno* em razão das circunstâncias por ele conhecidas, quando ele fosse capaz de empregar tais cuidados, levando-se em consideração no momento da aferição suas condições físicas e mentais, por fim, a valoração errônea deve, necessariamente, ser consequência da inobservância do *cuidado interno* por parte do agente.¹⁵⁵

¹⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002. P. 622.

¹⁵² BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 174.

¹⁵³ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 174.

¹⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 181.

¹⁵⁵ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 177.

De acordo com Tavares, os conhecimentos especiais do agente, a gravidade do perigo e o valor do bem jurídico devem ser levados em consideração no momento da verificação do *cuidado interno*. No que tange aos conhecimentos especiais, podemos referir como exemplo o condutor que passa por um local repleto de alunos ou de crianças brincando da rua. O fato do agente ter conhecimento de tal fato faz com que se possa exigir do mesmo uma conduta mais cuidadosa. O reconhecimento de perigos estaria vinculado ao exercício de uma determinada atividade. Como forma ilustrativa, pensemos no anestesista, o qual deve ter conhecimento da possibilidade de uma reação alérgica do paciente à anestesia.¹⁵⁶

Contudo, as possíveis extensões exageradas das exigências de cuidado devem ser evitadas nos casos em que não seja possível o reconhecimento do perigo que a conduta praticada comporta, ou nos casos em que o perigo criado “ultrapasse a medida do que pertence à experiência geral da vida diária”.¹⁵⁷ Nesse sentido, afirma Tavares:

Um motorista não deve reconhecer o fato de que alguém, em ação de suicídio, se atire de um edifício sobre o carro, em queda livre. Deve ele, porém, contar com a possibilidade de os freios não funcionarem a contento, quando em velocidade excessiva, com lonas ou pneus molhados ou sobre areia; não todavia, em relação a defeitos de fabricação dos componentes, quando garantidos de modo manifesto pelo produtor.¹⁵⁸

Diferentemente do *cuidado interno*, o *cuidado externo* indica a forma como o sujeito deve se comportar para que sua conduta seja tida como correta ou adequada. Esse cuidado abarca, além do agir de forma determinada, também o não agir.¹⁵⁹ Assim, espera-se do agente um comportamento apropriado, o qual tenha como objetivo evitar a produção de um resultado típico.¹⁶⁰

A conduta somente poderá ser considerada como cuidadosa externamente quando não for adequada suficiente para a produção do resultado lesivo e quando o autor puder, na mesma situação, realizar diversas ações diferentes, as quais não acarretariam uma realização típica. Refere-se como exemplo o motorista que vê uma criança na rua. Esse motorista teria condições de realizar diversas condutas e todas estas seriam tidas como cuidadosas. Ele poderia

¹⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 280s.

¹⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 281.

¹⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 281.

¹⁵⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 181.

¹⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002. P. 626.

dirigir lentamente até a criança cruzar a rua, poderia conduzir atrás da criança, desviar da criança na outra pista, parar o seu veículo ou parar e ir ajudar a criança a atravessar.¹⁶¹

Nota-se, portanto, que o *cuidado externo* se manifesta de diversas maneiras, seja através da abstenção de uma ação perigosa (inação), da execução de uma conduta cautelosa (ação cuidadosa), do dever de atenção, controle e guarda e do dever de prévia informação e preparação.

Na abstenção da conduta perigosa, o sujeito deve evitar a sua prática nos casos em que não tenha condições efetivas de evitar o perigo que dela irá advir. Refere-se como exemplo o motorista inexperiente recém habilitado. Um motorista nessas condições deve ter mais cautela do que um motorista já experiente, não devendo, portanto, se aventurar em ruas de tráfego intenso, nem mesmo participar de competições automobilísticas. Da mesma forma deveria ser tratado, segundo a doutrina, o médico recém-formado em casos de extrema complexidade. Nesses casos não teríamos a violação do dever de cuidado ao longo da execução da conduta, mas sim em razão da prática da conduta em si, pois aquele que a pratica não possui capacidade suficiente para afastar o perigo que impende sob o bem jurídico.¹⁶²

A execução cautelosa consiste em tomar os cuidados necessários para que não se ultrapasse os limites do perigo autorizado. Segundo Tavares, esse dever estaria ligado ao critério do risco permitido.¹⁶³ Já o dever de atenção, controle e guarda vincula-se a um tipo determinado de atividade, estaria relacionado a atividades cotidianas que encerram um potencial considerável de perigo. Um exemplo disso seria o trânsito de veículos. Por fim, o dever de prévia informação e preparação estaria relacionado a uma habilitação para diagnosticar o perigo, a informação das condições de uma atividade concreta. Nesses casos, podemos citar como exemplos a habilitação do motorista e a sua informação acerca das regras de trânsito.¹⁶⁴

A diferença entre o *cuidado interno* e o *cuidado externo* é resumido por Burkhardt da seguinte forma: “perigo conhecido (cuidado interno), perigo conjurado (cuidado

¹⁶¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 179.

¹⁶² TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 282.

¹⁶³ A relação entre dever de cuidado e risco permitido será objeto de análise nos próximos pontos.

¹⁶⁴ No que tange aos casos de dever de prévia informação e preparação Tavares faz a seguinte ressalva: “Há que se mencionar ainda que esse dever de informação e preparação não deve ser tomado em sentido genérico, mas individualizado, para o caso específico da ação a ser realizada. Assim, um médico não será descuidado porque não estudou necessariamente no seu tempo de Faculdade, mas sim porque executou ação concreta para a qual não estava habilitado no momento dessa execução, nem o motorista por não haver se informado previamente do sentido de uma determinada via, mas pela sua desatenção às placas indicativas desse sentido.” (TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 286.)

externo)”.¹⁶⁵ O *cuidado interno*, portanto, busca o reconhecimento dos perigos que poderão advir da prática da ação, ao passo que o *cuidado externo* ocupa-se da realização da ação adequada para a produção do resultado. A violação ao *cuidado externo* consistiria em “una conducta peligrosa socialmente inadecuada (no permitida), es decir, en la creación de un peligro ya no tolerado.”¹⁶⁶

Cabrera também identifica diferenças entre o *cuidado interno* e o *cuidado externo*. Segundo ele, o dever de *cuidado interno* diz respeito ao dever de conhecer o perigo e seus possíveis efeitos, ocasião em que deve considerar os conhecimentos especiais do autor. Assim, nesse tipo de cuidado faz-se uma alusão à possibilidade individual do risco. Já o *cuidado externo* se atém ao atuar de acordo com o perigo conhecido, ou seja, a adequação da conduta à situação perigosa previamente sabida com o intuito de evitar a concretização de um resultado lesivo. É no *cuidado externo* que nos depararíamos com a problemática do risco permitido, pois ele diz respeito a não realização de condutas que criem um risco para além do permitido. Tal fato faz com que o autor afirme que a distinção entre *cuidado externo* e *interno* acaba por perder a relevância dogmática com a teoria da imputação objetiva, na medida em que esta busca verificar se o agente criou ou não um risco proibido (*cuidado externo*), e a obrigação de advertir a respeito do perigo (*cuidado interno*) seria algo inerente à culpa, tornando, ao ver do autor, essa distinção sem utilidade dogmática.¹⁶⁷

Apesar dos válidos argumentos do autor a respeito da desnecessidade da utilização dos termos cuidado interno e externo, nos posicionamos de maneira diversa. Ao nosso ver, a distinção entre o dever de cuidado interno e externo possui um papel fundamental dentro da teoria do delito, de modo que não poderia ser simplesmente suprimido e substituído pela teoria da imputação objetiva, como o autor sustenta. É através da análise do cuidado externo, por exemplo, que se pode verificar que o risco permitido e o dever de cuidado não coincidem, ou seja, que não são a mesma coisa. É a partir dessa divisão que é possível enxergar em que momento se poderá levar em consideração os conhecimentos especiais do agente e também a sua falta de conhecimentos.

¹⁶⁵ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 184.

¹⁶⁶ BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 184.

¹⁶⁷ CABRERA, Denis Adán Aguilar. Prolema en la configuración del tipo penal culposo. In: *Derecho y Cambio Social*. Ano 12. N. 42, 2015. P. 21.

Faria Costa ilustra perfeitamente o *cuidado interno*, mostrando a necessidade de levar em consideração todos os elementos possíveis na previsão do curso causal, para que então se possa afirmar que o agente agiu de acordo com o dever de cuidado. O autor refere o seguinte exemplo:

A, ao agir com cuidado, está a assegurar o afastamento das hipóteses de perigo, mormente daquelas que se podem, com probabilidade, radicalizar em dano, e por isso é-lhe exigido mais do que a tensão espiritual que a mera diligência impõe a um <<eu>> atento às coisas do mundo. Efectivamente, imaginemos que B tem que ajudar um cego a atravessar uma rua muito movimentada. B age diligentemente se olhar para um lado e para o outro e der indicação ao cego de que não vem nenhum carro. E agirá, para além disso, com cuidado?

Pensamos que, se B ponderou apenas os perigos resultantes da presença de automóveis – no caso ponderação positiva que dava a ausência de perigo devido à ausência, naquele momento, de tráfego – mas não ponderou, por exemplo, o tempo de travessia da rua pelo cego, é pelo menos duvidoso e discutível que ele tenha agido com o cuidado devido, se bem que nos pareça que atuou com a diligência devida. E isto tudo, quanto a nós, pela razão bem simples de que a diligência se circunscreve fundamentalmente a um cuidado ativo e urgente na realização de um fato. Numa palavra: a diligência aponta para o empenhamento ativo, não imprudente, na realização do fato. Daí também que o cuidado abarque não só o cuidado ativo, mas também o cuidado passivo. Deste modo, isto é, por meio de uma noção compreensivelmente mais lata, o cuidado alarga-se e expande-se intensivamente, o que faz com que também se expanda o universo dos destinatários da normas que prevê a punição por negligência.¹⁶⁸

A respeito do conteúdo do dever de cuidado, há quem sustente que o mesmo será determinado pela ordem jurídica, através de normas de cuidado. Lynett é um dos autores que aponta como principais fontes do dever de cuidado o ordenamento jurídico e a experiência da vida. No caso dos deveres jurídicos, estes estariam dispostos em leis esparsas, não necessariamente de natureza penal, de modo que inclusive normas administrativas teriam competência para determinar o cuidado exigível. Contudo, a mera violação da norma não geraria, de pronto, responsabilidade, sendo necessário, ademais, verificar a existência de uma relação entre a infração do dever disposto na norma e o resultado produzido. Essa relação seria apurada através dos critérios da teoria da imputação objetiva.¹⁶⁹ As hipóteses de experiência da vida estariam dispostas na *lex artis* e normas que regulamentam atividades e profissões. Nos casos em que não se dispuser de qualquer norma, caberia ao julgador lançar mão do critério do homem prudente no momento da análise.¹⁷⁰

¹⁶⁸ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 472.

¹⁶⁹ A relação de essencialidade entre o *desvalor da ação* e o *desvalor do resultado* é essencial para a imputação do resultado ao agente. Dessa forma, deve-se verificar que o risco proibido criado pelo agente foi determinante na produção do resultado. Ou seja, que o risco criado pelo autor concretizou-se, de fato, no resultado lesivo.

¹⁷⁰ LYNETT, Eduardo Montealegre. La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de cuidado. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 14. N. 2/3. Mayo-diciembre, 1987. p. 28s.

Para Maurach o critério para determinar se a conduta praticada pode ser tida como cuidadosa ou não, não seria a comparação do seu comportamento com a do homem prudente, mas sim a análise da conduta à luz das regras sociais gerais e extrajurídicas, as quais seriam desenvolvidas para limitar a atuação em determinados âmbitos sociais, como, por exemplo, o trânsito, a medicina, a indústria química etc. Assim, para o autor o critério a ter preferência na análise do dever de cuidado seriam as regras sociais, de modo que apenas na hipótese da sua ausência analisar-se-iam os outros critérios.¹⁷¹

Essas regras referidas por Maurach são as denominadas *regras técnicas*. As *regras técnicas* podem ser definidas como “as normas que regem o tráfego viário, previstas no Código de Trânsito, os regulamentos que regulam a atividade no âmbito da construção e da indústria, como o Regulamento de Segurança e Higiene no Trabalho, ou as regras específicas de cada setor industrial”.¹⁷²

Cuesta Aguado acredita haver uma distinção entre as *regras técnicas* e o dever de cuidado. Para o autor, a *regra técnica* serve como indício do dever de cuidado, enquanto o dever de cuidado é extraído de todas as *regras técnicas* agregando a experiência e conhecimento comum aplicados ao caso concreto. As *regras técnicas* seriam, na sua concepção, um parâmetro de valoração na aferição do dever de cuidado, mas a sua mera infração não seria suficiente para determinar a violação do dever de cuidado.¹⁷³

Para Corcoy Bidasolo, o fato de se considerar que a mera infração de uma norma técnica (não penal) seria equivalente à infração de uma norma de cuidado (penal) seria uma forma de aplicação do princípio do *versari in re illicita*. Ao seu ver, as regras gerais de cuidado (regras técnicas) teriam um objetivo diverso das regras de cuidado que possuem relevância penal. Enquanto estas tem como objetivo unicamente evitar lesões a bens jurídicos penais, aquelas teriam finalidades diversas, como, por exemplo, o melhor funcionamento das instalações, facilitar a organização do sistema de trabalho etc.¹⁷⁴

As regras de cuidado (*regras técnicas*) teriam, sim, um papel importante na determinação do comportamento em setores que envolvem atividades perigosas. Contudo, a sua infração não determinaria a infração do dever de cuidado, de modo que a conduta que infringe

¹⁷¹ MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. V. 2. 7 ed. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Editoria Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. p. 146.

¹⁷² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 183.

¹⁷³ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 157.

¹⁷⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 194.

essas normas não pode ser vista, automaticamente, como penalmente relevante.¹⁷⁵ Nota-se, portanto, que as regras gerais de cuidado (*regras técnicas*) tem como objetivo a promoção de condutas cuidadosas, ou seja, a padronização de comportamentos que visam promover fins diversos da esfera penal. Ao passo que as regras de cuidado da esfera penal tem como objetivo a proteção, e não a mera promoção, de bens jurídicos penais.

Nesse sentido Corcoy Bidasolo refere:

Las reglas generales de cuidado – reglas técnicas – no son encarnación del cuidado objetivo exigible – norma de cuidado –, sino que expresan únicamente principios de experiencia sobre la ligazón de concretas formas de conducta con concretos peligros características de ellas y sobre las medidas idóneas para eludir estos peligros. Su función propia no es la determinación de una forma de conducta para la evitación de una realización típica, como hace de forma inmediata la norma de cuidado – norma penal –, sino la exclusión de peligros abstractos, que según la experiencia pueden conducir a la realización típica.

El fundamento de las reglas de cuidado, en último término, es igual al de las normas penales, pero su ámbito de protección no coincide con el de éstas. Las reglas de conducta ofrecen una protección para bienes jurídicos desde otro ámbito distinto al de las normas penales.

Las reglas técnicas alcanzan la protección de bienes jurídicos por caminos indirectos, a través de la disminución o exclusión de todos los peligros previsibles inherentes a una empresa o conducta. En sentido estricto, las reglas de conducta protegen bienes jurídicos distintos, en lugar de la vida, la integridad física..., el peligro abstracto para estos mismos bienes.

La norma penal prevalece sobre la norma especial de la regla de conducta y es independiente de ésta. La lesión de una de estas reglas no tiene repercusión inmediata en la infracción de la norma de cuidado, sino únicamente mediata.

Su función en relación con la infracción de la norma de cuidado se deriva de que permiten concretar el deber objetivo de cuidado concurrente en el caso concreto, lo que a su vez permitirá averiguar si se ha infringido la norma de cuidado.¹⁷⁶

A norma de cuidado seria, portanto, uma norma penal, prevista nos tipos penais.¹⁷⁷

Contudo o dever de cuidado não consistiria em uma norma, ele seria um parâmetro para determinar a forma pela qual uma conduta deve ser realizada para que a mesma seja considerada como correta. A infração ao dever objetivo de cuidado, por si só, não fundamenta a lesão da norma de cuidado, faz-se necessário, ademais, a violação do dever subjetivo de cuidado e a possibilidade de atribuição do resultado ao agente. Nesse mesmo sentido, a existência de uma *regra técnica* não teria relevância para a verificação da infração do dever objetivo de cuidado.

¹⁷⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 184ss.

¹⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 188s.

¹⁷⁷ Para fins de esclarecimento, a diferença entre as regras gerais de cuidado (*regras técnicas*) e as normas de cuidado seria que as *regras técnicas* não estariam no âmbito penal, seriam provenientes do âmbito administrativo ou até mesmo da esfera privada (como, por exemplo, as disposições de segurança de uma empresa, de uma classe trabalhista etc). Já as normas de cuidado seriam normas penais, tendo como finalidade unicamente a proteção de bens jurídicos-penais de eventuais ofensas.

Dessa forma, se a mera infração de uma norma técnica não determinaria a violação do dever de cuidado, a sua observância também não teria o condão de impedir que o cuidado não seja infringido.¹⁷⁸

Faria Costa acredita que o dever de cuidado possui um conteúdo muito mais denso, de modo que não se poderia atrelar o seu reconhecimento à mera (des)obediência do ordenamento jurídico. Ele afirma que a ordem jurídica cria, constantemente, novas regras gerais de cuidado, contudo tal fato não pode significar a multiplicação de forma exponencial dos deveres de cuidado, pois se assim o fosse, o desrespeito ao dever de cuidado não teria mais relevância, tornando-se, portanto, uma regra.¹⁷⁹

O fato de atrelarmos o conteúdo do dever de cuidado à mera obediência do ordenamento jurídico faz com que o seu conteúdo material se esvazie. Se a medida em que se criam novas regras de cuidado, criam-se novos deveres de cuidado, estaríamos sobrecarregando os indivíduos com milhares de novos deveres de cuidado diariamente, de modo a inviabilizar uma vida livre em sociedade, pois todos deveríamos permanecer atentos diariamente ao novos deveres que sob eles impenderão, não podendo vacilar em momento algum.

A ordem jurídica ao criar essa imensidão de regras de cuidado esquece-se de que os homens precisam de tempo para interiorizá-las. Diante da falta de interiorização dessas regras, torna-se normal a sua violação, o que abriria a porta para inúmeras injustiças, pois aquele que não agisse conforme as regras e não acarretasse nenhum resultado teria a sua desobediência ignorada, enquanto aquele que não agisse de acordo com as regras mas que produzisse um resultado danoso seria punido.¹⁸⁰

2.2.2 Proposta de diferenciação do dever de cuidado do risco permitido

¹⁷⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junior, 1988. p. 183s.

¹⁷⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 482.

¹⁸⁰ Nesse ponto, Faria Costa traz o seguinte questionamento: “Imagine-se que A, controlador aéreo, leva a cabo uma rotina de tratamento de dados muito mais rápida do que aquela que resultaria do cumprimento minucioso das regras de cuidado vigentes. Para além disso, todo o serviço pratica uma tal rotina mais célere, nomeadamente nas situações de pressão resultantes de intenso tráfego aéreo. Sabe-se que outros organismos congêneres fazem a mesma rotina, aliás considerada como <<indispensável>> para não provocar um bloqueamento do tráfego aéreo. Tal prática tem-se realizado desde o começo do funcionamento daquele serviço. Acontece que um dia, precisamente no turno de A, por não cumprimento daquela específica regra de cuidado, há um choque de aviões do qual resulta a morte de centenas de pessoas. Qual a responsabilidade de A, não em termos de afastamento de culpa, mas mesmo já na determinação objectiva do ilícito? Será que se pode resolver o problema, de um modo justo, nesta instância de imputação penal ou teremos que o solucionar unicamente no centro da responsabilidade penal que a culpa representa?” (FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 482s.)

A doutrina pouco discute acerca da diferença entre o dever de cuidado e o risco permitido. Tal questão aparece, para a grande maioria, como algo já pacificado, não havendo distinção entre os dois institutos.

Grande parte dos autores afirmam que o risco permitido e o dever de cuidado seriam, na verdade, sinônimos.¹⁸¹ Reyes Alvarado, por exemplo, sustenta a desnecessidade de diferenciar as figuras do risco permitido, do dever de cuidado e da adequação social. Para ele, ao considerarmos o risco permitido como elemento da teoria da imputação objetiva, as demais categorias desapareceriam, pois não seriam mais figuras autônomas dentro do sistema penal, estando, portanto, aglutinadas dentro do risco permitido. Um dos motivos proposto pelo autor para o abandono do dever de cuidado como critério e adoção apenas do risco permitido seria o fato de que este não levaria em consideração a intenção do agente, sendo aplicável tanto aos crimes culposos, como aos dolosos.¹⁸² Para Cirino dos Santos, o risco permitido seria, na verdade, um atributo objetivo na delimitação do conceito do cuidado objetivo, ou seja, o risco permitido –o qual seria definido por normas regulamentadoras – teria como tarefa determinar o dever de cuidado existente.¹⁸³

Pelo que vimos, o dever de cuidado tem um papel extremamente importante no tipo de ilícito negligente, abarcando uma série de análises diferentes a respeito da mesma conduta, falando-se em cuidado objetivo, subjetivo, interno e externo. Contudo, o risco permitido não possui esses mesmos desdobramentos. Diante disso, podemos questionar se ambos seriam, de fato, idênticos, ou se haveria uma distinção, ainda que mínima, entre eles, a qual em razão da necessidade de um estudo minucioso dessas categorias dificilmente é observada.

Como Faria Costa afirma, a categoria do cuidado é muito mais densa, de modo a abarcar uma série de análises as quais não são possuem relevância para a determinação do risco

¹⁸¹ Nesse sentido: WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Aspectos fundamentais. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 153; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. Nº. 4, 2009. p. 25; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 105; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 1993. p. 526; TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 283; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia. In: *Actualidad Penal*. 27/48, v. 2, 1998. p. 983; CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 154; GIL GIL, Alicia. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. In: *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª Época. N. 16, 2005. p. 375; RAUSELL, Pedro Castellano. *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2002. p. 143.

¹⁸² REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 101ss.

¹⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 163s.

permitido.¹⁸⁴ Se vincularmos o risco permitido ao comportamento de acordo com as normas,¹⁸⁵ poderíamos verificar que mesmo situações nas quais o agente age de acordo com as mesmas o dever de cuidado poderá ser infringido.

Verificar a diferença entre o risco permitido e o dever de cuidado não é uma tarefa fácil. De fato, a análise de casos concretos torna mais fácil a identificação das suas diferenças, no entanto não podemos limitar a identificação das diferenças aos casos concretos, devemos, necessariamente, encontrar pontos distintivos também no plano teórico.¹⁸⁶

Ambos os conceitos são de extrema importância para o direito penal, contudo incidem em momentos diferentes na análise do injusto. O risco permitido relaciona a conduta realizada pelo agente com o perigo que ela cria para o bem jurídico; busca determinar quais as condutas não poderão ser consideradas como geradoras de perigo para os bens jurídicos que se buscam proteger. Já o dever de cuidado refere-se à conduta esperada em relação ao agente, ou seja, aos cuidados que ele deveria empregar no momento da ação.¹⁸⁷

Pensemos aqui no seguinte exemplo: um catador de lixo, ao realizar o seu trabalho diário de coleta de lixo, encontra uma substância radioativa entre os materiais que coletava. O catador, sem ter conhecimento da perigosidade da substância, a dá de presente a uma criança, fazendo com que a substância se espalhe entre os moradores dos arredores. Não há dúvidas de que, nesse caso, o agente criou um risco proibido, pois a conduta dele cria uma possibilidade de lesão. Contudo, questiona-se: teria ele infringido o dever de cuidado?

Ao nosso ver, a resposta a este questionamento deve ser negativa, pois não se pode exigir que um catador de lixo tenha expertise suficiente para determinar quais substâncias são radioativas ou não. O agente, no caso concreto, não tinha capacidade de prever a ocorrência do resultado pois não tinha os conhecimentos necessários para fazê-lo. Nota-se, portanto, que não poderíamos falar aqui em *desvalor da ação*, pois a conduta praticada por ele, ainda que crie uma possibilidade considerável de dano, nada tem de desvaliosa. No entanto a sua ação cria,

¹⁸⁴ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 482.

¹⁸⁵ Salientamos que essa não é a proposta do presente trabalho, de modo que tal conclusão foi trazida apenas com o intuito de ilustrar o exemplo em seguida mencionado, a fim de auxiliar na identificação da diferença entre dever de cuidado e risco permitido.

¹⁸⁶ Uma das autoras que nos parece reconhecer que o dever de cuidado e o risco permitido não são categorias idênticas é Puppe, uma vez que afirma que nos casos em que o agente tenha violado o dever de cuidado e sobrevenha um resultado lesivo, este não poderá ser imputado ao sujeito se o perigo por ele criado for um perigo permitido. Em outras palavras, ainda que o comportamento do agente seja proibido, se o perigo por ele criado não o for, não se pode falar em imputação do resultado. (PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht. dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtssprechung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. p. 103.)

¹⁸⁷ CABRERA, Denis Adán Aguilar. Prolema en la configuración del tipo penal culposo. In: *Derecho y Cambio Social*. Ano 12. N. 42, 2015. p. 22s.

sem dúvida, um risco proibido. O risco seria, portanto, um efeito da conduta praticada pelo agente, seria, portanto, perigo. Nessa concepção, o risco proibido incidiria, na verdade, sobre o *desvalor do resultado*, uma vez que a conduta praticada pelo catador de lixo gera, no mínimo, a possibilidade de ocorrência de lesão.

A grande diferença entre o risco permitido e o dever de cuidado estaria, portanto, no fato de que o primeiro exclui o *desvalor* do resultado, uma vez que consiste em estado de perigo relacionado ao bem jurídico; enquanto o segundo incide sobre o *desvalor* da ação, tendo em vista que o descuido – ou inobservância do dever de cuidado – consiste em uma característica da ação, ocasião em que se deve levar em consideração os conhecimentos e capacidades individuais do agente, o que não possui relevância para determinar se o risco era proibido ou permitido, sendo apenas necessário, neste caso, verificar se a conduta descuidada do agente – leia-se, a violação do dever de cuidado – criou uma possibilidade de dano. Nota-se, portanto, que o dever de cuidado incide em momento anterior do risco permitido, mas que ambas as categorias se relacionam, na medida em que para que se possa imputar o resultado ao agente precisa-se, primeiramente, que a conduta por ele praticada não tenha observado o dever de cuidado – seja, portanto, descuidada -, mas para além disso, deve a mesma criar um perigo para o bem jurídico criando, ao menos, uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico tutelado.

2.3 A DIFERENÇA ENTRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E O RISCO PERMITIDO

O surgimento do princípio da confiança¹⁸⁸ é atribuído à jurisprudência alemã e espanhola,¹⁸⁹ tendo sido desenvolvido pelas mesmas de modo a ser aplicado no âmbito dos delitos de trânsito. Nessa concepção, todo o condutor que atue de forma diligente poderia confiar que os demais condutores agiriam da mesma maneira.¹⁹⁰

Segundo o princípio da confiança, quem age de forma adequada poderá confiar que os demais assim também agirão. O motivo da sua existência se dá com o intuito de afastar a

¹⁸⁸ O princípio da confiança ganha destaque, especialmente, nos subsistemas, nos casos em que há uma divisão de tarefas. Nesses subsistemas há, de modo constante, uma exposição a riscos. Nesses ambiente, atribui-se a cada indivíduo um determinado papel, que deve ser cumprido de acordo com as normas estabelecidas, afim de evitar a criação de um risco proibido, bem como uma possível concreção desse risco em um resultado. (PELÁEZ MEJÍA, José Maria. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. In: *Revisa Prolegómenos*. Derecho y Valores. V.XIX, n. 37. 2016. p. 17.)

¹⁸⁹ Contudo, há quem afirme que o seu surgimento teria se dado com o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva de Roxin, uma vez que tal princípio consistiria, na verdade, em um dos critérios de imputação desenvolvidos pelo autor alemão

¹⁹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996. p. 504.

imputação nos casos em que o dever que impende sobre o agente não comportaria o resultado que ocorreu.¹⁹¹ Segundo Feijoo Sánchez, tal princípio teria uma grande utilidade para determinar os limites das normas de cuidado, delimitando, portanto, o alcance do dever de cuidado que impende sobre o agente em uma determinada situação. Para além disso, o princípio da confiança seria uma forma de limitar a previsibilidade, pois não se deve exigir daquele que age de acordo com as normas a previsão de que sua conduta cuidadosa irá produzir um resultado típico em razão de uma conduta proibida de terceiro.¹⁹²

A aplicação do princípio da confiança geralmente é vinculada aos delitos de trânsito.¹⁹³ Assim, aquele que age de acordo com as normas de trânsito poderia confiar que todos os condutores agiriam da mesma forma, desde que não existam indícios concretos indicando o contrário. Nessa concepção, aquele que tem prioridade em um cruzamento pode avançar sem a necessidade de parar antes de fazê-lo, na medida em que se acredita que o outro condutor irá parar e respeitará aquele que tem preferência.¹⁹⁴

Reyes Alvarado reconhece a importância do princípio da confiança, afirmando que se o mesmo não existisse atividades como o tráfego viário seriam inviáveis, pois não se poderia confiar nos demais condutores, de modo que em cada esquina, em cada semáforo, sempre estaríamos desconfiados de que os outros não estariam agindo de acordo com as normas de trânsito. Se assim o fosse, não seria possível dirigir em uma velocidade razoável, e o trânsito não fluiria, inviabilizando, por completo, a prática de tal atividade.¹⁹⁵

A aplicação desse princípio não é restrita aos casos que envolvam delitos de trânsito. Relaciona-se a aplicação do princípio da confiança também aos casos em que há algum tipo de divisão de trabalho.¹⁹⁶ A doutrina traz como exemplo as equipes cirúrgicas, equipes de

¹⁹¹ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 294.

¹⁹² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. In: *Revista de derecho penal y criminología*. N; Extra 1, 2000. p.46.

¹⁹³ O princípio da confiança também é geralmente vinculado aos crimes culposos, contudo Terreros é um dos autores que afirmam a possibilidade da sua aplicação também nos delitos dolosos. (TERREROS, Felipe A. Villavicencio. La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. In: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. N. 60, 2007. p. 260.)

¹⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1004.

¹⁹⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 148s.

¹⁹⁶ No que tange à divisão do trabalho, é importante atentar para a forma como a mesma é feita. Ou seja, se ocorre em uma ordem horizontal ou vertical. Na ordem horizontal, os sujeitos trabalham em um nível equivalente, havendo, portanto, uma relação de igualdade. Já na ordem vertical, os sujeitos trabalham em níveis distintos, existe uma hierarquia, onde aquele que está em um nível inferior recebe ordens de quem está em um nível superior. Os casos em que há divisão horizontal de tarefas não apresentarão grande problemas para a aplicação do princípio da confiança. A problemática aparece, com mais frequência, quando se tratam de casos de divisão vertical de tarefas. Nesse sentido refere Feijóo Sánchez: “en los supuestos de división vertical de trabajo el principio de confianza

serviços e mantimento de aviões, de ônibus, fabricação mediante divisão de trabalho e o tráfego viário. Em todos esses casos não há como controlar a conduta de cada um que faz parte do grupo, de modo que é permitido que se confie que cada um a desempenhou de acordo com as normas estabelecidas.¹⁹⁷ Segundo Peláez Mejía, sem o princípio da confiança não se poderia realizar a milhares divisões de trabalho que hoje existem, pois cada um teria de controlar as condutas de todos os envolvidos. Tal fato traria uma enorme insegurança para o desenvolvimento social, pois cada um seria responsável pelo trabalho de outros. Nessa linha, o princípio da confiança seria uma forma de proporcionar a liberdade de ação apesar da possibilidade da ocorrência de um resultado lesivo causado por terceiro.¹⁹⁸

Contudo, não será em todas as hipóteses em que o princípio irá incidir, deve-se, ademais, levar em conta a qualificação do profissional, o qual deve ser capacitado para exercer o seu ofício, pois caso não o seja, a aplicação do princípio da confiança deverá ser afastada caso seja possível identificar a ausência de qualificação desde o início.¹⁹⁹ Ademais, o referido princípio possui maior incidência em um plano horizontal ou de igualdade no que tange à divisão de tarefas, ao passo que nas relações que envolvam um plano vertical ou algum tipo de superioridade e subordinação a sua incidência será mais limitada, se não afastada por completo.²⁰⁰

Outra hipótese de incidência do princípio da confiança refere-se às ações dolosas de terceiros. Tendo em vista que o princípio da confiança consiste em acreditar que todos agirão

tiene un alcance mucho más limitado para el ‘superior jerárquico’ que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad. Por ello el deber de cuidado con otras personas depende de la posición que se ocupe en un colectivo y de los deberes de garantía que se derivan de dicha posición. Por ejemplo, la norma de cuidado exige que el que da las instrucciones vigile y controle la aplicación de las mismas o se asegure de que han sido bien entendidas cuando el no seguimiento estricto de las mismas puede encerrar peligros (tanto para terceras personas como para la propia persona que ejecuta las instrucciones). En caso de una defectuosa actuación de un producto, la prestación del subordinado se debe intervenir (por ejemplo, paralizar la producción de un producto, la prestación del servicio o la actividad laboral). El alcance de dicha intervención depende de las circunstancias del caso concreto (no es lo mismo la coordinación de una gran empresa que de un pequeño taller). Evidentemente, toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado. Éste actúa como un ‘instrumento’. Por ello en algunas profesiones que se entienden como adecuadas para evitar fallos en la comunicación (por ejemplo, en el ámbito médico llevar en orden el libro de visitas y la hoja del enfermo o dar las instrucciones de medicación o de tratamiento por escrito. El jefe de un equipo médico, por ejemplo, tiene en sus manos las decisiones generales y finales por lo que ostenta la responsabilidad general y final. Ello es debido a su posición dentro del colectivo.” (FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamentos y consecuencias dogmáticas. In: *Revista de derecho penal y criminología*. N. Extra 1, 2000. p. 55s.)

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997. p. 255.

¹⁹⁸ PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. In: *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores. V. 19. N. 37, 2016. p. 20.

¹⁹⁹ PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. In: *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores. V. 19. N. 37, 2016. p. 20.

²⁰⁰ VARGAS PINTO, Tatiana. La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. In: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 17. N. 2, 2010. p. 118s.

de acordo com as normas, não se pode exigir que se desconfie que os demais sujeitos irão praticar delitos. Se assim o fosse inúmeras atividades deveriam ser proibidas, como, por exemplo, a venda de combustíveis inflamáveis, pois um terceiro poderá utilizá-lo para um incêndio; o comércio de motosserras, martelos, serrotes e machados, pois todos esses equipamentos podem gerar lesões corporais.²⁰¹

Apesar de ser um critério abrangente, a aplicação do princípio da confiança também encontra algumas limitações. Uma delas seria a inimputabilidade do outro agente. Dessa forma, se o outro sujeito não tiver capacidade para ser responsabilizado, a aplicação do princípio da confiança restaria afastada.²⁰² A doutrina traz como exemplo condutas praticadas por crianças pequenas. Pensemos aqui em um motorista que está dirigindo o seu veículo em via pública, ele pode, em regra, confiar que os demais sujeitos agirão de acordo com as normas de trânsito. Contudo, se esse mesmo motorista avista uma criança próxima à via, essa presunção de confiança deixaria de existir, devendo ele, portanto, desconfiar de uma eventual conduta negligente por parte da criança.²⁰³

Outra hipótese de afastamento do princípio da confiança são os casos em que a missão do sujeito consiste em compensar as eventuais falhas cometidas por terceiros. Um exemplo seria o engenheiro encarregado da supervisão dos trabalhos de uma obra. Ele não pode simplesmente confiar que todos os trabalhadores estão agindo de acordo com seus deveres, pois é dever dele desconfiar e fiscalizar a fim de verificar se, de fato, tais deveres estão sendo cumpridos.²⁰⁴ Sobre esse ponto Reyes Romero ilustra:

²⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1006.

²⁰² Reyes Romero assim exemplifica: “Por otro lado, el principio tampoco es aplicable cuando la confianza en el comportamiento de otros está injustificada, o sea, respecto de personas que carecen de la capacidad necesaria para fundar la confianza de conducta de acuerdo a la norma, ya sea por su desarrollo intelectual o por el contexto en el que se encuentran. Esto es lo que usualmente se conoce como principio de defensa. De esta forma, quien conduce un vehículo no puede confiar en que los niños que juegan en el parque no corran hacia la calle en busca de una pelota, de manera que deberá tomar las medidas de precaución pertinentes (probablemente disminuir la velocidad). Pero tampoco podrá confiar el conductor que transita por el interior de un carnaval multitudinario en que los asistentes no ocupen la calle repentinamente para desplazarse.

De acuerdo a lo anterior, el límite último del principio de confianza está en la ocurrencia de la conducta defraudadora de expectativas. No es posible seguir confiando en que otro se comportase adecuadamente si actualmente ya se comportó contrario a lo que se esperaba. Lo anterior es baladí por evidente, pero de ello se deriva lo siguiente: si existen indicios suficientes del no seguimiento futuro de la norma por otro, entonces tampoco estaría permitido confiar”. (REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Año 21, n. 1, 2015. p. 163.)

²⁰³ PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. In: *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*. V. XIX. N. 37. 2016. p. 22.

²⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 296.

(...) el principio de confianza operaría siempre y cuando el autor no tenga deberes especiales de supervisión sobre la conducta de otros. En este caso, la actividad consiste en compensar y prevenir los fallos de otros, de modo que no está autorizado a confiar simplemente en su no ocurrencia. El cirujano jefe a cargo de una intervención quirúrgica, por ejemplo, debe vigilar la actividad de los demás cirujanos, de modo que si ocurre un accidente por falla de uno de ellos, el cirujano jefe no podrá defenderse en virtud del principio de confianza si no cumplió adecuadamente sus deberes de control, configurándose negligencia médica a su respecto ya que infringe las exigencias de cuidado que, en su caso, consistían en vigilar el trabajo de los otros.²⁰⁵

Há, ainda, uma terceira hipótese que afasta a aplicação do princípio da confiança. Tal hipótese consiste nos casos em que o agente se comporta de forma ilícita. Nessa concepção, aquele que dirige em excesso de velocidade e na preferencial não poderá esperar que terceiros respeitem as normas de trânsito e lhe deem preferência, pois o próprio agente não age na sua conformidade.²⁰⁶

A respeito do exemplo mencionado, D'Avila afirma o seguinte:

quem conduz um veículo sob a influência de álcool e é abalroado num cruzamento por alguém que não observou a preferencial poderá, tranquilamente, valer-se do princípio da confiança, pois que, embriagado ou não, o resultado teria ocorrido; quanto ao outro, cabia-lhe a observância da preferencial. *In casu*, a imposição do resultado ao agente, exclusivamente em função do álcool, consistiria a mais evidente aplicação da *versari in re illicita*, rechaçada, há muito, pelo nosso ordenamento.²⁰⁷

Nesse ponto, concordamos com D'Avila, de modo que o fato do agente ter desrespeitado a norma não pode ser utilizado como fundamento para afastar a incidência do princípio da confiança, pois se verificado que o risco criado por ele não se concretizou no resultado, o mesmo não pode ser a ele imputado pelo simples fato do agente não estar acobertado pelo risco permitido. Se a mera infração de um dever fizesse que com que não fosse possível mais confiar que as pessoas agiriam de acordo com as normas, viveríamos em uma sociedade de desconfiança, assim atividades que envolvem um número considerável de pessoas, como é o caso do trânsito, jamais poderiam ser praticadas, e, mesmo, tidas como permitidas.

A doutrina muito discute acerca da identificação do princípio da confiança e do risco permitido.²⁰⁸ Faria Costa é um dos autores que reconhece a importância que o princípio

²⁰⁵ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 162.

²⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 296.

²⁰⁷ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 52

²⁰⁸ Romero Flores, por exemplo, refere que Welzel acreditava que a diferença entre ambas categorias seria que o risco permitido basear-se-ia na previsibilidade, enquanto o princípio da confiança na responsabilidade. (ROMERO FLORES, Beatriz. La imputación objetiva de delitos imprudentes. In: *Anales de Derecho*, nº 19, 2001. p. 265.)

da confiança desempenha dentro da teoria do delito chegando a afirmar a impossibilidade do mesmo ser aglutinado à categoria do risco permitido. O autor assim refere:

Contudo, em nossa opinião, o princípio da confiança, não obstante servir para estabelecer os limites entre os comportamentos conformes às regras de cuidado e os comportamentos desconformes àquelas mesmas regras, e com isso dar indicação de comportamento do risco permitido (posição de Cramer). Se bem vemos, o que se passa com o princípio da confiança é qualquer coisa de substancialmente diferente.

(...)

Nesta linha de argumentação dever-se-á defender que, mais que actuar dentro do risco permitido, o agente está a comportar-se dentro do âmbito de convicção induzida pela conduta do outro membro daquela específica comunidade. Ele age porque acredita que o outro também age com a intencionalidade de cumprir as expectativas legítimas que cria no <<outro>>.²⁰⁹

Dessa forma, em que pese parte da doutrina sustente a desnecessidade da existência do princípio da confiança em razão da sua identificação com o princípio do risco permitido,²¹⁰ concordamos com Faria Costa, reconhecendo a importância que o princípio da confiança possui dentro da teoria do delito e da imputação objetiva do resultado. Assim, nosso posicionamento é no mesmo sentido que Reyes Romero, de que apesar de o princípio da confiança ter o mesmo conteúdo que o risco permitido, a diferença entre estes estaria no fato de que o princípio da confiança tem como foco a atuação descuidada de terceiros, ao passo que o risco permitido preocupa-se apenas como perigo criado pelo agente.²¹¹

²⁰⁹ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 489ss.

²¹⁰ Nesse sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996. p. 504; FLORES, Beatriz Romero. La imputación objetiva en los delitos imprudente. In: *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. N. 19, 2001. p. 264; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 255; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1006. Hsü, por exemplo entende que o princípio da confiança não seria necessário uma vez que é aplicável apenas quando o agente está dentro do risco permitido. (HSÜ, Yü-hsiu. Die objektive Zurechnung in Taiwan. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOOTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai. 2001*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 244.)

²¹¹ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 165.

3 CRITÉRIOS PARA DETERMINAR O RISCO PROIBIDO EM DIREITO PENAL

Pode-se afirmar que o risco proibido é aquele que advém de condutas praticadas fora do limite tido como permitido, contudo, tal afirmação nada diz a respeito do que é ou não permitido, fazendo com que o conceito de risco permitido permaneça em um nível de ambiguidade elevado, onde não se sabe, ao certo, nem o que é permitido, nem o que é proibido.²¹² Não há, portanto, uma precisão semântica que defina o que é risco permitido de forma concreta, sendo uma categoria que carece de uma definição mais clara.²¹³ Essa falta de precisão faz com que se questione, tanto a necessidade, como a possibilidade de aceitar o risco permitido como uma categoria da dogmática jurídico-penal.²¹⁴

A fim de determinar de maneira mais clara o que consiste um risco não permitido, alguns autores recorrem a um critério negativo de delimitação, ou seja, buscam delimitar o nível do proibido por meio do que não seria proibido, do que não possui relevância para o direito penal. Um exemplo disso seriam os casos de diminuição de risco,²¹⁵ onde se exclui a imputação do resultado pois a conduta praticada pelo agente, ao invés de piorar, melhora o estado do bem jurídico protegido pelo direito penal.²¹⁶ Outra hipótese de determinação do risco permitido por meio do critério negativo seriam as condutas que não aumentam o risco de produção do resultado de modo juridicamente relevante, como o famoso caso da tormenta,²¹⁷ ou a prática de

²¹² Segundo Kindhauser: “en la expresión “riesgo no permitido” el concepto de riesgo permanece tan oscuro como su caracterización como no permitido. ‘Riesgoso’ es un predicado disposicional secundario, que se refiere a una determinada propiedad primaria. En consecuencia, un riesgo se realiza en el resultado precisamente cuando sus propiedades primarias, a las que se encuentra referida la calificación del riesgo, son necesarias para la explicación causal de la concreta producción del resultado.” (KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4, 2008. P. 25)

²¹³ MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 78s.

²¹⁴ González de Murillo, por exemplo, é um dos autores que não aceita o risco permitido como um critério autônomo da teoria do delito em face da sua indefinição. (GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del injusto imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991. p. 152)

²¹⁵ Sousa Mendez refere o seguinte exemplo de diminuição de risco: “A aponta um revólver à cabeça de B, visando dar-lhe a morte com um tiro; C, presenciando o perigo, golpeia o braço de A, desviando assim a direcção do disparo para um ombro da vítima. Neste caso, a actuação de C, segundo a teoria da equivalência das condições, teria sido causal para a lesão do corpo (ombro) do ofendido; por outro lado, recorrendo a qualquer uma das fórmulas da teoria da adequação, também se concluiria forçosamente que aquela ofensa era previsível e, portanto, objectivamente imputável a C. (...) Para Roxin, porém, na medida em que a actuação de C reduzira o risco já existente, não haveria sequer a realização de uma acção típica de ofensas corporais”. (SOUSA MENDES, Paulo de. *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*. Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objectiva em direito penal. Lisboa: AAFDL, 2007. p. 37s.)

²¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 366.

²¹⁷ O “caso da tormenta” consiste no seguinte: um tio envia seu sobrinho, ao qual pretende herdar a herança, durante uma tempestade à uma colina com árvores muito altas, ocasião em que o sobrinho é atingido por um raio e morre. Nesse caso, a intenção de provocar a morte mediante a queda de um raio não cria um risco mensurável de lesão ao bem jurídico, pois faltaria a possibilidade objetiva de perseguir o resultado. A conduta humana

qualquer outra atividade considerada como normal e juridicamente irrelevante, como, por exemplo, andar pela cidade, escalar uma montanha. Essas atividades, ainda que possam eventualmente acarretar uma lesão são tidas como riscos mínimos, e socialmente adequados, de modo que a superveniência de uma lesão não poderia ser imputada aquele que colocou em prática tais atividades.²¹⁸

Contudo, não serão apenas as condutas tidas como normais, ou socialmente adequadas, que constituiriam o risco permitido. Para além das hipóteses acima mencionadas, a doutrina também sustenta que aquelas condutas que não sejam percebidas como dentro da normalidade ou do cotidiano da sociedade poderão eventualmente ser consideradas como permitidas, desde que o risco criado por elas seja um risco insignificante.²¹⁹ Refere-se como exemplo o sujeito que chuta levemente a terceiro, o qual havia previamente sofrido lesões consideráveis. Nesse caso, por mais que sobrevenha a morte deste terceiro, ainda que se possa considerar que o sujeito ocasionou a morte (causalidade física), não se pode dizer que a conduta praticada por ele aumentou o risco já existente para o bem jurídico daquele que já havia sido lesionado, pois a conduta praticada por ele era insignificante, ou seja, não aumentou a possibilidade de concretização do resultado morte.²²⁰

Outra exigência para que um risco possa ser considerado como permitido é a impossibilidade de determinar as potenciais vítimas no caso de ocorrência de dano. Ou seja,

causadora do resultado só seria juridicamente relevante se pudesse ser concebida como disposta finalisticamente com a produção ou evitação do resultado. (HONIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. In: *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*.2007, (4). p. 186-187.)

²¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 366.

²¹⁹ Apesar da louvável tentativa de delimitação, nos parece equivocada uma equiparação entre o princípio do risco permitido e o da insignificância. Em que pese ambos incidam no *desvalor* do resultado, nota-se que os casos abarcados pelo risco permitido nem sempre são insignificantes, de modo que o perigo criado com a prática de uma conduta ainda dentro do risco permitido gera, muitas vezes, a possibilidade da ocorrência de um dano. Dessa forma, nota-se que o que diferencia o risco permitido do princípio da insignificância é que a permissão daquele se fundamenta não na inexpressividade do perigo, mas sim na essencialidade/necessidade da prática de determinada atividade na vida em sociedade. Pensemos no trânsito de veículos. Não há dúvidas de que os riscos na prática de tal atividade existem, e tais riscos não são, de forma alguma, insignificantes. Contudo, tal atividade é permitida em face da essencialidade que a mesma possui para o desenvolvimento livre em uma vida em sociedade, de modo que fosse proibida acarretaria uma completa paralisação. Outro exemplo que deixa mais clara ainda a diferença entre o risco permitido e o princípio da insignificância é o uso de energia atômica, que é permitida em alguns países. Tal atividade comporta inúmeras possibilidades de danos, não representando, de forma alguma, um risco insignificante. Outra forma de demonstrar que as condutas abarcadas pelo risco permitido nem sempre consistem em um perigo insignificante é o fato de existirem normas de regulamentação. Se a atividade é regulamentada por uma norma – muitas vezes penal – é porque o risco que advém da sua prática é um risco considerável e, em razão disso, o Estado decide tomar para a si a responsabilidade de estabelecer um patamar até onde, e em quais condições, se admitirá a sua prática. Em razão dessa distinção, entendemos que a tentativa de alguns autores de equiparem os casos de risco permitido aos casos resolvidos mediante a aplicação do princípio da insignificância pode levar a equívocos, pois apesar de ambos excluïrem a tipicidade, consistem em categorias distintas, de modo que se deve observar as suas particularidades.

²²⁰ ANGARITA, Andrés Eduardo Berdugo; BLANQUICET, Manuel José Cadrazco et al. La imputación objetiva en el derecho disciplinario. In: *Derecho Penal y Criminología*. V. 34. N. 97, 2013. p. 132

não deve ser possível determinar, de antemão, quais pessoas serão vítimas de eventuais lesões que possam advir da aceitação desses riscos como permitidos.²²¹

Nota-se, portanto, a importância de se determinar de forma minimamente clara e objetiva o que poderia ser tido como um risco permitido. Contudo, apesar da importância da elaboração de um conceito claro de risco permitido, o presente trabalho não possui essa ambiciosa pretensão. O que se pretende na presente investigação é determinar quais os critérios que devem ser utilizados como orientadores do julgador no momento da análise do fato, de modo a determinar se o risco criado pelo agente era permitido ou proibido. Questão a qual ainda é objeto de discussão na doutrina.²²²

Assim, quando não é possível substituir o risco existente por um outro risco menor, ou quando não se pode reduzi-lo a zero,²²³ quais os critérios que devem ser utilizados para determinar o nível de risco a ser tido como tolerado?²²⁴ A doutrina divide os critérios existentes de duas formas: as soluções normativas, as quais seriam compostas por normas penais,

²²¹ ARTICO, Juan Cruz. *El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación*. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42070.pdf>>. Acesso em: 04 de jul. de 2017. p 10.

²²² REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 111.

²²³ Hoyer afirma que a introdução de processos de produção com margens menores de risco “pode levar a que os modos de produção até então tolerados pela sua elevada utilidade social e a ausência de alternativas, se tornem antiquados e não possam já ser normativamente tolerados. Se o novo método desenvolvido, redutor dos riscos, permite alcançar ao menos a mesma utilidade social que os métodos anteriores já não se pode, sem mais, continuar a produzir segundo os métodos antigos – e ainda quando estes métodos resultem mais rentáveis, proporcionando maiores lucros aos produtores. A circunstância de que a conduta arriscada leve à maximização do lucro deve ter-se sempre como normativamente irrelevante e não pode por isso converter a conduta arriscada em permitida com o pretexto de favorecer a generalidade. Ainda que o produtor distribua as vantagens econômicas que lhe advêm do modo de produção mais perigoso entre aqueles que foram expostos aos riscos, tal não afecta em absoluto a sua proibição. Assim, o menos parâmetro de segurança da técnica aplicada só poderia aceitar-se juridicamente quando todos os potencialmente expostos ao perigo fossem informados, por exemplo, mediante indicações dos riscos adicionais desta técnica e, não obstante, a assumissem em virtude das vantagens que ela proporciona. Estas vantagens podem ser de natureza financeira, pois um maior nível de segurança exige, em geral, o seu preço, ou podem consistir numa compensação, aos olhos daqueles que se expõe ao perigo, daquele nível inferior de segurança com alguma utilidade individual de carácter especial.” (HOYER, Andreas. Risco permitido e desenvolvimento tecnológico. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 3, v. 20, 2010. p. 371.)

²²⁴ A fim de responder este questionamento, Krinsky afirma que se deve levar em consideração as seguintes perguntas: “A atividade ou o produto produz benefícios amplamente procurados? Os riscos e os benefícios são distribuídos entre as mesmas pessoas? As pessoas percebem os riscos de forma voluntária ou involuntária? Os riscos afetam de forma desproporcional populações vulneráveis, como crianças ou idosos? Os riscos afetam grupos bem definidos (como trabalhadores) ou eles são distribuídos de forma aleatória entre a população em geral? Estabelecer um nível de risco inferior conflitaria com direitos individuais? Quais os custos associados com a redução de risco? Os riscos são novos ou são velhos?” (tradução nossa) “Does the activity or product produce widely sought benefits? Are the risks benefits distributed among the same people? Do people perceive the risks as voluntary or involuntary? Do the risks disproportionately affect vulnerable populations such as children or the elderly? Do the risks affect well-defined groups (such as works) or are they randomly distributed over the general population? Will setting a lower risk level conflict with individual rights? What are the costs associated with risk reduction? Are the risks new or old?” (KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic. *Factoring risk into environmental decision making*. Disponível em: <<http://emerald.tufts.edu/~skrimsky/PDF/Factoring%20Risk.PDF>>. Aceso em: 04 de jul. de 2017. P. 104)

extrapenais e extrajurídicas (privadas); e as soluções extra normativas, nos casos em que não há nenhuma norma regulamentando a situação, onde se recorre aos seguintes critérios: a ponderação de interesses, o homem médio (ou homem prudente), as capacidades individuais do agente e a previsibilidade. Tais critérios serão objeto de uma análise detalhada nos próximos pontos deste trabalho.

3.1 AS NORMAS COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DO RISCO PERMITIDO

O reconhecimento de um fato como punível pelo Direito Penal dar-se-ia mediante o auxílio de dois sistemas de regras. De um lado, as regras que determinam as condições segundo as quais uma conduta será considerada como proibida pelo Direito Penal, as chamadas de normas de comportamento,²²⁵ que possuem um caráter prescritivo, uma vez que determinam quais comportamentos serão tidos como proibidos e quais serão permitidos. Por outro lado, temos as regras que prescrevem as condições segundo as quais um resultado poderá ser atribuído a um comportamento proibido, as chamadas regras de imputação,²²⁶ que determinam quando um sujeito pode ser responsabilizado pela prática de uma conduta tida como proibida pelas normas de comportamento.²²⁷

²²⁵ De acordo com Guirao, as regras de comportamento teriam dois momentos: “El primero tiene carácter prospectivo, en el que dichas normas adoptan la forma de mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer. Tienen, por tanto, una función de determinación de las conductas, de configuración de la vida social. Por otro lado, las reglas de comportamiento operan también en un momento posterior, retrospectivo, en el cual su función es la de baremo de medición, que lleva aparejada la valoración de la que resulta la tipicidad o atipicidad de la conducta.” (GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. n. 2, Mayo-Agosto, 1996. p. 477s.)

²²⁶ Segundo Guirao, as regras de imputação não pertenceriam ao sistema de regras de comportamento, formariam, contudo, um sistema de regras próprio. Esse sistema de imputação também se daria em dois níveis: “la *imputatio facti*, que consiste en la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como una omisión a un sujeto, es decir, que el juzgador, quien será el encargado de aplicar dichas reglas de imputación, tomara el acontecimiento físico como un hecho, «como un *factum* en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente». Y esto en el sentido de que el sujeto agente ha tenido una alternativa a su acción, es decir, que ha podido actuar de otra manera. Frente a esta, la imputación del Segundo nivel -*imputatio iuris*- se refiere a un juicio sobre la culpabilidad del autor. Ambas clases de reglas están sometidas a un Orden lógico para su aplicación conjunta. Así, como ya dijimos, la imputación del primer nivel -que se correspondería con lo que hemos llamado «relación de autoría»- debe preceder a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición -valoración-, ya que «solo de un hecho que sea imputado en el primer nivel, y no de un acontecimiento físico o de su no acaecimiento, se puede decir que está sometido a leyes. Solo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no ser antijurídico». En cambio, la imputación del Segundo nivel -culpabilidad- presupone la aplicación de las reglas de comportamiento al hecho, habiendo de ser el hecho antijurídico.” (GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. n. 2, Mayo-Agosto, 1996. p. 477s)

²²⁷ KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado. In: *Revista de Estudios de la Justicia*. N. 22, 2015. p. 16.

A existência de um risco permitido estaria vinculada a normas de cuidado²²⁸ pré-estabelecidas,²²⁹ as quais seriam criadas para regulamentar atividades que gerem um determinado risco (como, por exemplo, normas trânsito, regras para instalações técnicas, prática de esportes perigosos etc). Nessa concepção estaríamos diante de uma hipótese de risco permitido quando a conduta do agente estiver permitida através de uma norma que regulamente tal comportamento.²³⁰ A conduta praticada pelo agente seria considerada como um risco proibido apenas quando desobedecesse uma norma previamente existente, que proibia a criação do risco desaprovado.²³¹ A infração da norma seria, portanto, o fundamento da criação de um risco proibido, pressuposto da imputação do resultado.²³²

As normas seriam as responsáveis por impor um limite concreto do que poderia ser considerado como um risco permitido, pois aqueles comportamentos que tivessem relevância social, ainda que comportassem um nível de risco elevado, seriam objeto de regulamentação

²²⁸ Philipps atenta que é possível distinguir quatro aspectos no que tange às normas que regulamentam os riscos admitidos como permitidos. O primeiro deles seria o aspecto normativo, que inclui proibições gerais e os interesses e valores conflitantes; o segundo seria a previsibilidade; o terceiro a decisão do sujeito de praticar a conduta arriscada; e por fim, o ordenamento. Segundo ele, no direito penal moderno prevalecem os últimos dois aspectos; as decisões acerca do comportamento arriscado e o ordenamento. (PHILIPPS, Lothar. *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1974. p. 92.)

²²⁹ Importante não confundir norma e dever jurídico. A norma diz respeito a um dever geral, o “sollen”, dirigidos a todos os cidadãos, ao passo que o dever jurídico dirige-se a um autor determinado em um momento determinado, estaria, portanto, relacionado ao “können”, ou seja, à possibilidade de agir. Um exemplo de um dever jurídico seria o imposto ao garante, o qual tem o dever de evitar a ocorrência do resultado, contudo tal dever encontra-se vinculado à possibilidade de agir do agente, de modo que se o mesmo não possui condições de agir no caso concreto, o dever deixa de ser imposto a ele. (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo I. Barcelona, Junior, 1988. P. 175)

²³⁰ ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 157.

²³¹ FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. p. 193-280. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 239.

²³² Nesse sentido se posicionam: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia. In: *Actualidad Penal*. 27/48, v. 2, 1998. p. 988s; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona: Junior, 1988. p. 444; CÓRDOBA, Fernando. Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 3, 2015. p. 8; DREHER, Mathis. *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*. Aachen: Shaker Verlag, 2003. p. 20s; GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. p. 223; GIL GIL, Alicia. Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva. In: *Estudios penales y criminológicos*. N. 24, 2002-2003. p. 395; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 326s; REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. P.152s; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997. P. 372; CÓRDOBA, Fernando. Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 3, 2015. p. 10s; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 248s; HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental. In: *Revista para el análisis del derecho*. N. 1, 2016. p. 17; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Derecho Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 163; ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. In: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, 1989. p. 757.

pelo legislador tendo em vista a importância que possuem dentro da vida em sociedade. Essa determinação do risco permitido pelo legislador seria uma forma de limitar o arbítrio do julgador na análise do caso concreto, oferecendo - e impondo - a ele parâmetros determinados, delimitando, de forma mais precisa, o momento em que a conduta praticada pelo agente pode ser considerada como um risco proibido.²³³ De acordo com Reyes Alvarado, uma determinada atividade que comporte um risco considerável somente poderá ser tida como permitida - ou seja, somente será considerada um risco permitido - mediante a existência de algum tipo de regulamentação pelo Estado,²³⁴ o qual teria o dever de regulamentar essas atividades ou determinar que outro órgão o faça. Nessa concepção, somente estaríamos diante de um risco permitido quando existissem normas de cuidado prévias a tal atividade.²³⁵

A determinação de um risco como permitido ou como proibido se daria através de uma análise do fato através de um juízo *ex ante* por parte do julgador, onde ele buscaria verificar se houve a infração da norma por meio de uma comparação entre a conduta efetivamente praticada pelo sujeito e a conduta ideal hipotética prevista pela norma, ou seja, a conduta tida como correta, de modo que essas normas serviriam, portanto, como um método auxiliar para a valoração do risco no caso concreto.²³⁶ Dessa forma, se a conduta praticada pelo sujeito coexistisse com a prevista pela norma de cuidado, a mesma seria tida como permitida, ao passo que se a conduta praticada fosse uma que infringisse o que era previsto na norma estaríamos diante de um risco proibido.²³⁷

A conduta tida como proibida deve apresentar um risco maior do que o risco que a observância da regra contém. Deve-se analisar, portanto, se essa conduta que não observa as normas se apresenta como um excesso ao risco tido como não tolerado, e em que medida essa criação de risco teria sido evitada se o agente tivesse agido conforme a norma. Segundo Frisch,

²³³ COBO DEL ROSAL, Manuel. Responsabilidad penal por accidentes laborales: riesgo permitido y autopuesta en peligro. In: Cuadernos de política criminal, n. 82, 2004. p. 12.

²³⁴ Reyes Alvarado assim refere: “Así como una conducta, un objeto o una persona no son buenos o malos, correctos o incorrectos, justos o injustos por sí mismos, la emisión de juicios de valor respecto de esos objetos, personas o conductas depende necesariamente de la existencia previa de una reglamentación, entendida no necesariamente como una normatividad escrita sino como el conjunto de directrices referidas a los bienes, individuos o actividades respectivas: es por ello que una determinada forma de vestir no es por sí misma correcta o incorrecta, sino solo lo que en determinado contexto espacio-temporal debe ser entendido como la moda, pese a que unos meses antes o después la misma vestimenta puede se calificada de incorrecta cuando los parámetros hayan variado (...)” (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 120.)

²³⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 96.

²³⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona: Junior, 1988. P. 449.

²³⁷ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev. y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 123.

a inevitabilidade da ocorrência do resultado em razão da obediência de norma possui um papel essencial na determinação da imputação do resultado, de modo que o risco criado pelo agente somente poderia ser tido como proibido se a norma a qual ele não obedeceu tivesse a capacidade de evitar o incremento do risco; ou seja, se com a obediência da norma, o risco criado por ele permanecesse em um patamar tolerável.²³⁸

Tendo em vista as dificuldades que se impõem na delimitação do que poderia ser considerado como um risco permitido, as normas de cuidado seriam um ponto de apoio substancial na determinação deste patamar, na medida em que se dispõe de critérios claros e objetivos, deixando pouca – ou muitas vezes nenhuma – margem de interpretação para o julgador.²³⁹ Jakobs afirma que a determinação do risco permitido estaria fundada no que o direito determina como proibido. Assim ele refere:

(...) deixa de estar permitido aquele comportamento que o próprio Direito define como não permitido, proibindo-lhe já por seu perigo concreto ou abstrato, inclusive sob ameaça de pena ou de multa administrativa. Por meio do estabelecimento da proibição da colocação em perigo – que quando menos é de caráter abstrato –, o comportamento fica excluído do âmbito do socialmente adequado, e se define como perturbação da vida social; isto acontece pela simples realização de um comportamento assim configurado, sem ter em conta o resultado que se produz. Explicado com um exemplo, significa dizer o seguinte: cria um risco não permitido quem conduz um automóvel em estado de embriaguez, quem o conduz em velocidade muito alta ou quem infringe qualquer outro preceito que regule o tráfego viário, na medida em que esse referido preceito não só pretenda facilitar a administração desse âmbito vital mas que, ademais, tenha por finalidade limitar o perigo – ainda que este seja só abstrato – de que se produza o resultado de um delito de lesão; (...).²⁴⁰

Contudo, o fato de se reconhecer que as normas seriam um critério para determinar o nível do risco permitido nada diz a respeito de quais normas poderão ser utilizadas no âmbito do direito penal para reconhecer que a conduta praticada pelo agente era proibida e digna de pena. Podemos questionar se somente serviriam como critério as normas sancionadoras, ou qualquer tipo de norma, até mesmo uma mandamental. Se a norma deve estar situada na esfera penal, ou se uma norma na esfera extra penal já poderia ser utilizada como critério para que se reconheça o risco criado pelo agente como proibido pelo direito penal. Se as normas fora do âmbito jurídico também poderiam ser utilizadas como balizas para o direito penal. Ademais, poderíamos reconhecer uma conduta como um risco proibido em razão de uma mera infração

²³⁸ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 111.

²³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 372.

²⁴⁰ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

formal de uma norma que sequer se encontra na esfera penal, ou seria necessário para além da infração da norma um outro requisito?

Assim, o simples reconhecimento das normas como critério para determinar o nível de risco aceite como permitido não impede que muitos questionamentos surjam. Afinal, não se sabe, ao certo, como – e qual – deve ser o padrão fixado para determinar o limite do permitido. Como se pode garantir que todos tenham acesso e conhecimento desses critérios, e até mesmo como essa fixação será estabelecida pelo próprio legislador? Considerando a percepção do risco pela sociedade ou por uma análise subjetiva do próprio legislador? Pizarro de Almeida assim refere:

Entendo que o padrão de risco fixado na lei deve alicerçar-se:

- a) numa probabilidade que se pretende tão objectiva quanto possível;
- b) numa valoração [das possíveis consequências] a fazer pelo legislador, colocando-se este no lugar da sociedade como um todo e pontuando negativamente as consequências de acordo com o seu potencial lesivo para o bem protegido, a cuja valoração já se procedeu. Ou seja, a título de exemplo: - Uma probabilidade de 0,2 de ocorrência de uma consequência de gravidade 6 (numa escala de 1 a 10) que afectará um bem jurídico de valor 4 (1-10) definirá um risco superior a uma probabilidade de 0,2 de ocorrência de uma consequência de gravidade 4 (1-10) que afectará um bem jurídico de valor 3 (1-10). Por esta via, chega-se a uma definição do grau de risco tolerado (ou cuidado exigido) que não depende das convicções da população (ao modo de um “plebiscito” da opinião socialmente vigente, o que seria inadmissível) mas das valorações do direito. Como qualquer outra opção normativa, também esta não poderá, no entanto, afastar-se demasiado das concepções do “homem médio” sob pena de se tornar: a) imperceptível, porque a sua (inevitável) vacuidade não será preenchida por um código comum; e/ou b) ineficaz, porque não alcança o destinatário ou é sentida como injusta. E deste modo – construído o patamar que permite erigir o “safe enough” do direito como limite a respeitar por todos e qualquer um – pode-se afirmar que quem o contraria não é sensível aos valores consagrados pelo sistema jurídico, assim se consubstanciando o desvalor da acção em causa. Cada indivíduo está então obrigado a procurar a gestão óptima, e não poderá descer abaixo do limite máximo de risco tolerado.²⁴¹

Dessa forma, divide-se as fontes normativas em três categorias: a das normas penais, que derivam da lei penal; a das normas não penais, provenientes do ordenamento jurídico extrapenal (civil, empresarial, código de trânsito, leis trabalhistas etc); e as regulamentações extrajurídicas, que não são objeto de regulamentação estatal, mas de associações privadas, as quais expedem regras com o intuito de reduzir os níveis de perigosidade de determinadas atividades (como, por exemplo, as normas das associações de profissionais como médicos, engenheiros etc).²⁴²

²⁴¹ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 222s.

²⁴² REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 125.

3.1.1 As normas penais

As normas penais seriam aquelas que o tipo penal descreve como comportamentos proibidos.²⁴³ Essas normas estariam, portanto, presentes no ordenamento jurídico-penal, de modo que a conduta que a ela se amolde poderia ser tida como perigosa pelo direito penal. Isso ocorre em razão das normas penais serem objeto de um juízo diferenciado por parte do legislador, pois para que as mesmas possam ser consideradas como legítimas deve-se verificar que o bem jurídico tutelado pela norma é um bem jurídico com dignidade penal e que, para além disso, o nível de ofensa a esse bem jurídico seja, no mínimo, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo, ou seja, que haja, ao menos, uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico objeto de tutela.²⁴⁴

Dessa forma, o fato de uma conduta comportar riscos e de ser capaz de produzir resultados lesivos não faz com que a mesma possa ser considerada, de pronto, como proibida pelo direito penal.²⁴⁵ A mera possibilidade de ocorrência de danos não pode, pura e simplesmente, determinar a atuação do direito penal, pois se assim fosse, a liberdade dos sujeitos em sociedade seria profundamente ameaçada.²⁴⁶ Tendo isso em mente, não será toda conduta tida como perigosa que terá relevância para o direito penal, senão apenas aquelas que comportem riscos especiais de produção de lesões, sendo necessário, ademais, realizar uma análise acerca da possibilidade de produção de dano que esses riscos criam.²⁴⁷

O Direito Penal tem como função a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal e, em razão disso, toda e qualquer norma penal que vá além dos limites estabelecidos pela ofensividade não poderia ser tida como um interesse político criminal legítimo. Não se pode delegar ao Direito Penal um papel de prevenção, de modo que o mesmo

²⁴³ REYES ALVARADO, Yeasi. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 126.

²⁴⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53s.

²⁴⁵ DREHER, Mathis. *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*. Aachen: Shaker Verlag, 2003. p. 21.

²⁴⁶ Segundo Frisch, para que um comportamento possa ser legitimamente proibido, a sua proibição deve-se mostrar como apropriada e necessária, devendo, ademais, representar uma intervenção adequada de proporcional. A proibição de um comportamento deve ser idônea, de modo a justificar a imposição de uma pena sob a conduta proibida. (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 84s)

²⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 45ss.

se torne apenas uma ferramenta da política criminal para defender bens primários, coletivos e institucionais – sem qualquer dignidade penal -, de ofensas que sequer possam relevância para o Direito Penal.²⁴⁸

Nesse sentido refere Mendoza Buergo:

Por ello, al conectar la función de protección de bienes jurídicos de la norma penal con la valoración de una conducta como contraria a la misma, el dato decisivo ha de residir en el plano objetivo-material, es decir, en la lesividad efectiva o potencial de tal conducta para el bien jurídico protegido, y no en la mera contradicción formal con la norma de comportamiento.

La peligrosidad de la conducta se entiende, pues, elemento imprescindible del injusto y sólo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, sólo cabe adelantar la tutela penal de forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta.²⁴⁹

Dessa forma, para que uma norma penal possa ser considerada como um critério válido para determinar o risco tido como proibido pelo Direito Penal, o risco criado pelo agente deve, ao menos, criar uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico tutelado pela norma. Apenas assim estaríamos diante de uma hipótese de ilícito penal, e, portanto, apenas assim o risco criado pelo agente poderia ser reconhecido como proibido pelo Direito Penal. Em razão disso, a mera infração às normas de trânsito, por exemplo, não poderia acarretar a uma presunção absoluta de que o risco criado pelo sujeito era proibido, pois a infração de tal norma não constitui um ilícito penal, uma vez que sua razão de ser reside em interesses de política criminal direcionados à obtenção de padrões comportamentais, sendo, portanto, desprovida de ofensividade.²⁵⁰

3.1.2 As normas extrapenais

²⁴⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 74.

²⁴⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. In: *Revista de derecho penal y criminología*. N. 9, 2ª época, 2002. p. 69ss.

²⁵⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 101.

Tendo em vista que o Direito Penal se fundamenta na noção de subsidiariedade, não será toda e qualquer conduta que poderá ser objeto de tutela pelo mesmo. Em razão disso, muitas situações que comportam um risco considerável não são abarcadas pelo Direito Penal. Esses riscos, tidos como gerais e tolerados, poderiam ser delimitados com maior nitidez por meio de ordenamentos primários, ou seja, prévios ao ordenamento jurídico-penal,²⁵¹ como seria o caso das leis de trânsito, das leis trabalhistas, das leis administrativas etc.²⁵² Dessa forma, sustenta-se que a regulação jurídico-penal deveria ser determinada levando em consideração o estabelecido nessas normas gerais, de modo a poder considerar como penalmente relevante somente aquilo que supere o patamar do tido como permitido traçado por essas regras extrapenais.²⁵³

Assim, o primeiro juízo a ser feito no que diz respeito ao risco permitido se daria no âmbito dos ordenamentos primários, prévios ao direito penal, através da valoração das normas extrapenais – como as normas administrativas²⁵⁴ e das normas técnicas que regulam algum tipo de atividade.²⁵⁵ Essas normas extrapenais realizariam uma pré-valoração a respeito do comportamento e da forma pela qual o mesmo deve ser praticado de modo a evitar a ocorrência de um resultado lesivo.²⁵⁶ Reconhece-se essas normas extrapenais como protótipos do risco permitido. Dessa forma, qualquer conduta que violasse essas normas seria um risco

²⁵¹ FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Editorial COLEX: Madri, 1995. p. 97.

²⁵² “las reglas técnicas son las normas que rigen el tráfico diario, previstas en el código de circulación, los reglamentos que regulan la actividad de los trabajadores, empresarios y técnicos en el ámbito de la construcción e industria, como el reglamento de seguridad e higiene en el trabajo [...] o las reglas específicas de cada sector industrial”. (RUESTA, Róger Yon. Reglas técnicas como elementos cualificantes del delito imprudente en el ámbito del tráfico rodado. In: *THEMIS. Revista de Derecho*. N. 68, 2015. p. 11)

²⁵³ FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Editorial COLEX: Madri, 1995. p. 96.

²⁵⁴ Sobre este ponto Greco assim refere: “A determinação quanto a se o risco criado por uma ação é ou não tolerável, é ou não um risco permitido, se faz levando em conta uma série de critérios, e a doutrina arrola entre o primeiro deles as normas de cuidado de caráter jurídico, lá onde elas existirem. Ocorre que estas normas nem sempre têm hierarquia de lei – muitas vezes, tratam-se elas de meros atos normativos administrativos, ou mesmo de atos administrativos concretos. Por exemplo, a existência de uma placa fixando limites de velocidade numa determinada rua ou de uma placa que concede a quem vem de terminada pista a preferência no cruzamento são atos administrativos que geram, em princípio, um risco permitido em favor daquele que os respeitar. Segundo a moderna teoria do tipo, reconstruída com base na chamada imputação objetiva, só viola a norma penal, só pratica uma conduta proibida, só cria um risco juridicamente desaprovado aquele que se comporta em desacordo com os padrões de prudência vigentes em seu círculo social. Isso significa que o direito administrativo pode ser relevante para a fixação do risco juridicamente desaprovado na medida em que ele sirva de parâmetro de conduta para as pessoas prudentes. Como é prudente dirigir respeitando aos limites de velocidade e às placas de preferência, estes atos administrativos relevam na determinação dos limites entre o proibido e o permitido, entre o típico e o atípico”. (GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 58, v. 14, 2006. p. 168.)

²⁵⁵ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. P. 134.

²⁵⁶ RAUSELL, Pedro Castellano. *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2002. p. 164.

proibido,²⁵⁷ de modo que a disposição normativa definiria o âmbito do permitido para o Direito Penal, ainda que numa esfera extrapenal.²⁵⁸

Dal Dosso afirma que as regulamentações que estabelecem uma permissão, diferentemente das que estabelecem uma proibição, regeriam apenas de maneira relativa, ou seja, apenas quando acompanhadas de uma situação ideal. Ele menciona como exemplo a regra que permite que se dirija a uma velocidade máxima de 120 km/h. Contudo, essa é a velocidade máxima considerada sob a existência de condições ideais, de modo que se dirige nesta mesma velocidade em um dia chuvoso ou com neblina e sobrevier um acidente, o fato do agente estar dentro da velocidade tida como permitida pela norma não faz com que a conduta por ele praticada seja tida, de pronto, como permitida, pois as circunstâncias sob as quais o fato se desenrolou eram diversas das tidas como parâmetro para que se considere a velocidade de 120 km/h como permitida. Nessa concepção, ainda que existam normas que estabeleçam o patamar do risco tido como permitido, a sua observância não faz com que a conduta do agente seja tida, automaticamente, como permitida. O reconhecimento do risco como permitido também dependerá da situação na qual o fato se desenvolve.²⁵⁹

O legislador estabeleceria, portanto, os limites do permitido em uma esfera alheia à do Direito Penal, através da expedição de normas que visem estabelecer comportamentos padrões, de modo que todos ajam da mesma maneira, mantendo-se dentro do patamar tido como tolerado pelo direito e pela sociedade. Contudo, pouco se questiona a respeito de como o limite do que será tido como permitido é fixado pelo legislador. A fim de ilustrar, Pizarro de Almeida refere o seguinte exemplo:

Suponhamos agora que, num dado troço de estrada, o legislador fixa como limite de velocidade 80 km/hora. Admitindo que todos os outros factores se mantêm inalterados, o risco (e gravidade) de um acidente variam na razão directa da velocidade. Se a velocidade for zero, o risco é igual a zero (se o indivíduo não circular, não provocará, em caso algum, qualquer acidente devido à sua condução – que é inexistente). Se o indivíduo circular a 30 km/hora estará dentro dos limites do permitido, se o fizer a 50 km/hora o risco de provocar um acidente poderá ser um pouco mais elevado, mas manter-se-á dentro da zona do permitido, marcada a sombreado no nosso gráfico; 80 km/hora é o limite até onde lhe são permitidas variações na gestão do risco constituído pela condução.

(...)

Podemos defender que o legislador não pretende (ou não lhe é legítimo) reduzir a liberdade de circular a qualquer velocidade, só podendo fazê-lo nos estreitos limites do que seja necessário para manter a segurança dos cidadãos dentro de parâmetros

²⁵⁷ GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, v. 14, 2006. p. 55s.

²⁵⁸ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 54.

²⁵⁹ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 54.

socialmente suportáveis. Ou podemos entender que o Estado deverá ter em conta o interesse social em que os indivíduos possam circular a uma velocidade que lhes permita chegar “em tempo útil” ao seu destino.²⁶⁰

Tendo em vista o trecho acima citado, nota-se que a finalidade do legislador que determina o risco tolerado nas esferas extrapenais é diferente da finalidade do legislador penal. O legislador não penal tem como finalidade -tomemos aqui como exemplo o caso da velocidade máxima permitida - determinar uma velocidade que permita ao condutor chegar em tempo útil ao seu destino sem prejudicar os demais indivíduos que convivem em sociedade com o mesmo. A finalidade dessa norma é estabelecer que cada condutor adote um comportamento padrão, como a de um “condutor médio” ou “prudente”. No entanto, a lei penal não pode ter como finalidade estabelecer a prática de condutas tidas como mais benéficas para a vida em sociedade, pois a finalidade da norma penal é proteger bens jurídicos de eventuais ofensas, e não a forma pela qual o cidadão pratica uma determinada conduta, ou seja, estabelecer condutas nos padrões de um cidadão “prudente”.

Tal fato não faz com que a importância das normas extrapenais na determinação do risco permitido deixe de ser considerada. O fato é que essas normas não podem, ao ver de Feijóo Sanchez, ser entendidas como uma *ratio essendi*, mas sim como uma *ratio cognoscendi*, pois nem sempre a inobservância de uma norma extrapenal terá relevância para o Direito Penal, ou seja, o simples fato de infringir uma norma extrapenal não poderia significar que a conduta praticada pelo agente será uma conduta típica. Da mesma forma, o fato de o agente ter agido de acordo com as normas extrapenais não irá significar sempre que a sua conduta era permitida.²⁶¹

Dessa forma, ainda que tais normas tenham sido confeccionadas pelo legislador, isso não faz com que a sua infração implique, necessariamente, o reconhecimento da criação de um risco proibido pelo Direito Penal. As normas extrapenais teriam, portanto, um papel meramente indiciário na verificação da criação de um risco proibido.²⁶² Assim, o descumprimento de uma norma administrativa teria apenas caráter indiciário, não podendo implicar, automaticamente, uma intervenção penal.²⁶³ O fato da conduta praticada pelo agente estar em desacordo com uma norma extrapenal não deve – nem pode – significar que o mesmo

²⁶⁰ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 236s.

²⁶¹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 2, 2009. p. 32.

²⁶² Nesse sentido concordam: CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 156; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1003.

²⁶³ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 156s.

criou um risco proibido suficiente para que haja a intervenção do Direito Penal, pois essas normas não possuem uma valoração vinculante.

Jakobs, no entanto, entende de maneira diferente. Ao ver do autor, as leis não poderiam ser tidas como um mero indício de que a conduta praticada pelo agente é proibida, mas sim como uma certeza a respeito da natureza da conduta.²⁶⁴ Se assim não o fosse, os sujeitos não veriam nenhuma necessidade em obediência às normas, uma vez que a sua inobservância não constituiria um risco tido como proibido pelo Direito Penal. Nessa concepção, as normas extrapenais perderiam sua eficácia na sociedade, pois o seu descumprimento nem sempre acarretaria a imposição de uma sanção penal na hipótese de um dano.

Nesse sentido refere Gil Gil:

la idea de que la infracción de normas administrativas o incluso de regulación prejurídica de una actividad (Lex Artis, reglas técnicas) sólo supone un indicio para la constatación de un injusto penal es solo cierta si se está pensando en que además tiene que comprobarse la gravedad suficiente que exige el injusto penal, pero no cuando se afirma que la infracción de tales normas puede ser un riesgo permitido en Derecho penal. Cuando un determinado riesgo ha sido prohibido por la normativa extrapenal necesariamente también ha de considerarse un riesgo no permitido por el Derecho penal. Ello no significa que la infracción de la normativa extrapenal suponga la realización de una acción penalmente típica, pero desde luego no podrá excluirse la tipicidad de la acción con el argumento de que se trata de un riesgo permitido, pues el ordenamiento ya ha realizado en estos casos la ponderación de intereses en contra del riesgo.

Es verdad entonces que la infracción de una norma extrapenal no determina la imprudencia penal pues el Derecho penal sólo castigará los injustos más graves, pero el cumplimiento de la norma de cuidado extrapenal tiene que determinar necesariamente la licitud de la conducta (...) por coherencia del ordenamiento jurídico y para que el ciudadano pueda orientar su conducta conforma a las normas. Sólo es posible que el cumplimiento de la normativa extrapenal no de lugar a la licitud de la conducta si se trata precisamente de una situación atípica, no recogida o no regulada por esa normativa extrapenal, a la que no le es aplicable la cautela prescrita por la misma sino otra deducida de los criterios generales. En tal caso no es que el cumplimiento de la norma extrapenal suponga sin embargo una imprudencia penal, sino que la norma extrapenal no es la aplicable al caso y la norma de cuidado aplicable (...) ha sido infringida.²⁶⁵

Não se pode sustentar que uma norma extrapenal – que sequer possui o mesmo nível de hierarquia de uma norma penal – irá determinar o que deverá ser considerado como uma conduta proibida pelo Direito Penal. Alegar tal absurdo seria reconhecer a possibilidade de que o injusto penal esteja vinculado a uma esfera alheia à penal. Ou seja, estaríamos reconhecendo que o que determinará se uma conduta poderá ser tida como desvaliosa pelo

²⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 248s.

²⁶⁵ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. P. 276.

Direito Penal não será apenas o fato da mesma estar proibida em uma norma penal, mas também a mera previsão em ordenamentos extrapenais, desde que sobrevenha um resultado lesivo que tenha relevância na esfera penal.

Contudo, o que se defende aqui não é que tais normas não possam ser utilizadas na valoração do risco tido como permitido, mas que tais normas não sejam consideradas como critérios para determinar o risco proibido pelo Direito Penal. Não há dúvidas que os ordenamentos secundários possuem um papel essencial na vida em sociedade, e que os parâmetros estabelecidos por eles possuem relevante importância no estabelecimento de limites para atuações arriscadas. O que se propõe é que as normas extrapenais – bem como as técnicas – sejam consideradas como uma orientação do que deve ser considerado como risco permitido; mas que não possuam nenhuma vinculação automática com a esfera penal. Dessa forma, a inobservância de uma norma extrapenal seria apenas um indício de que o risco criado pelo agente era proibido, de modo que somente se poderá falar em imputação penal se verificado que a conduta praticada pelo agente, para além de violar uma norma extrapenal, criou, no mínimo, uma possibilidade não insignificante de dano a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Dessa forma, se tal requisito não for constatado, ainda que haja a violação formal de uma norma, o agente não poderá ser penalmente responsabilizado na hipótese de um eventual resultado danoso.

3.1.3 As normas técnicas

O fato da sociedade evoluir rapidamente faz com que o Estado nem sempre consiga regulamentar todas as atividades nela desenvolvidas. Dessa forma, algumas atividades passam a ser regulamentadas por instituições privadas, as quais emitem normas com o intuito de reduzir o risco produzido a um patamar aceitável. Um exemplo dessas regulamentações seriam as normas das associações profissionais, como médicos – também conhecida como *lex artis*²⁶⁶ - e engenheiros.²⁶⁷ As normas extrajurídicas, também chamadas de regras técnicas,²⁶⁸ precederiam

²⁶⁶ A *lex artis* é definida como “el conjunto de reglas generales de carácter técnico o procedimientos, máximas de la experiencia y conocimientos emitidos que la ciencia médica estima como adecuados en un momento y dadas unas determinadas circunstancias (...).” (RUEDA MARTÍN, Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4, 2009. p. 19.)

²⁶⁷ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 127ss.

²⁶⁸ Segundo Cuesta Aguado, “La regla técnica es el modelo de conducta que se extrae de una norma jurídica – reglamento administrativo, orden, *lex artis* – y sirve de indicio del deber objetivo de cuidado. Pero ha de distinguirse dogmáticamente del mismo, pues éste último habrá de ser extraído de <<todas las reglas técnicas>> más la experiencia y sabiduría común, aplicada al caso y a las circunstancias en concreto.

as normas jurídicas podendo, inclusive, muitas vezes ser reconhecidas como uma forma de substituir normas jurídicas²⁶⁹ demasiado ultrapassadas.²⁷⁰

As normas técnicas iriam mais além das normas extrapenais, pois elas além de limitar os conhecimentos e as faculdades necessárias para a prática de uma atividades, ainda determinariam a forma pela qual tal a atividade deve ser exercida, ou seja, a forma correta de se agir e a incorreta. Essas regras seriam elaboradas por experts, responsáveis por realizar uma ponderação de interesses de modo a determinar quais condutas serão tidas como aceitáveis – permitidas – e quais não serão toleradas pela sociedade.²⁷¹

Essas normas seriam, portanto, proveniente do âmbito privado, não havendo, muitas vezes, qualquer regulamentação ou controle por parte do Estado no que diz respeito à sua elaboração. Tal questão poderia ser vista como um problema, especialmente quando se admite a possibilidade de que tais normas determinem o âmbito do proibido pelo Direito Penal. Contudo, Frisch não considera que o seja. Para o autor, não haveria necessidade de que o Estado regulamentasse todas as atividades desenvolvidas na sociedade, sendo suficiente que ele estabeleça princípios gerais ou proibições que possam ser complementadas na esfera privada. Assim, não seria necessário uma série de normas, pois estas seriam emitidas por órgãos pré-jurídicos, o que faz com que as mesmas sejam mais fáceis de serem alteradas do que as normas estatais.²⁷² As normas pré-jurídicas poderiam – e deveriam - ser consideradas como equivalentes às jurídicas, substituindo, não raramente, os preceitos jurídicos.²⁷³

Não há dúvidas de que não se pode esperar – nem mesmo exigir – que o Estado tenha controle, bem como regulamente toda e qualquer atividade desenvolvida no seio de uma sociedade. Contudo, aquelas atividades que comportem um risco considerável para os seus membros não podem ser ignoradas por completo pelo Estado, o qual não pode simplesmente

La concreción del deber objetivo de cuidado requiere, entonces, de una valoración judicial a partir de las reglas técnicas.

Pero cuando tales reglas deriven de la normativa administrativa – leyes, reglamentos, licencias, etc., - sólo aquellos aspectos dirigidos a *evitar riesgos y a proteger a bienes jurídicos* pueden servir para configurar el deber objetivo de cuidado y, consecuentemente, su infracción.” (CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 156s.)

²⁶⁹ De acordo com Rausell, em algumas ocasiões as regras técnicas podem superar as jurídicas. Um exemplo disso é quando uma determinada profissão é regulamentada por normas jurídicas, contudo estas já estão obsoletas e em razão disso aplicar-se-á no caso concreto as regras técnicas, por serem mais atuais. (RAUSELL, Pedro Castellano. *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2002. p. 171)

²⁷⁰ DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011. p. 54.

²⁷¹ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. p. 274.

²⁷² FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P. 124.

²⁷³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 41.

delegar uma competência que lhe pertence a um órgão privado qualquer para que o mesmo prescreva normas de como tal atividade deva ser realizada. Essa delegação feita pelo Estado corresponde ao reconhecimento por parte do mesmo da sua impossibilidade de abordar um fenômeno tão complexo e toda a complexidade que o mesmo comporta. O Estado admite, então, a sua incapacidade de regulamentar determinadas atividades apesar do risco que as mesmas representem para a vida em sociedade.²⁷⁴

Essas normas emitidas no âmbito privado acabam buscando, algumas vezes, apenas atender interesses individuais e econômicos de quem as emite, pois uma comunidade médica não terá como objetivo criar normas rígidas para seus médicos arriscando prejudicá-los de alguma maneira a impossibilitar o exercício da sua profissão. Ou seja, tais normas acabam representando, muitas vezes, interesses diversos das normas jurídicas, de modo que não poderiam ser tidas como parâmetro para determinar o nível do tido como proibido na esfera jurídica, especialmente na esfera penal. Ademais, Salvador e Fernández afirmam que as regras técnicas, por mais que determinem o que deve ser considerado como habitual e um determinado âmbito, não possuem a capacidade de resolver problemas de valoração.²⁷⁵

Apesar de parecer óbvio que tais normas emitidas por órgãos privados não poderiam ser utilizadas como parâmetro para o reconhecimento de um risco como proibido pelo Direito Penal, há quem discorde. Segundo Andreas Hoyer, o fato das normas técnicas serem de origem privada não impede que o legislador penal as reconheça como forma de determinar se a conduta praticada pelo agente era desvaliosa ou não. Dessa forma, o legislador, ao criar a norma penal, poderia remeter na sua elaboração a normas técnicas estabelecidas por particulares sem realizar qualquer tipo de violação ao princípio da legalidade. Essa incorporação das regras técnicas ao tipo penal seria, na verdade, a criação de um elemento normativo do tipo, de modo que caberia ao juiz analisar a observância da norma levando em consideração os elementos presentes no caso concreto. Esses sistemas privados de regulamentação serviriam, portanto, como ponto de apoio ao julgador para que ele possa determinar se a conduta do agente produziu um risco proibido, ou se se trata de hipótese de risco permitido.²⁷⁶

Roxin se posiciona contra a possibilidade de que instituições privadas determinem o nível de risco que deve ser tido como permitido. Ao ver dele, apenas o legislador poderia

²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Informa sobre las discusiones. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 182.

²⁷⁵ CODERCH, Pablo Salvador; CRENDE, Antonio Fernández. Causalidad y responsabilidad. In: *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2006. p. 11.

²⁷⁶ ANDREAS HOYER, Kiel. Riego permitido y desarrollo tecnológico. In: *Revista de Derecho Penal*. V. 2, 2010. p.245ss.

definir o patamar do risco a ser tolerado, pois essas instituições privadas não teriam os mesmos interesses que o legislador.

En la práctica se alude también con frecuencia a la infracción de tales normas del tráfico para fundamentar la imprudencia. Sin embargo, no se puede atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones de puestas en peligro abstractas del legislador. Pues la delimitación del riesgo permitido, de la que se trata en estas "normas", no puede efectuarse por estas instituciones privadas ligadas a intereses con la misma autoridad y objetividad que por el legislador. La "norma" puede estar equivocada desde un principio o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto; incluso prescindiendo de ello, no se podrá apreciar aún un peligro jurídicopenalmente desaprobado cuando una conducta se desvía sólo de modo insignificante de una norma del tráfico o cuando la seguridad se garantiza de otro modo. La infracción de normas del tráfico es efectivamente por tanto un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado. Por otro lado, el respeto de las normas del tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido. En "supuestos de hecho extraordinarios de puesta en peligro" las exigencias pueden ser más estrictas "que lo que resulta de las reglas concebidas para el caso medio" (BGH NSTZ 1991, 30 s.).²⁷⁷

O que se está a sustentar aqui não é a irrelevância e a inutilidade das normas técnicas, mas sim o perigo em considerá-las como parâmetro para determinar o que deverá ser reconhecido como proibido pelo Direito Penal. Ao vincular o reconhecimento de uma conduta como digna de pena criminal a uma norma que, em primeiro lugar, não possui a mesma hierarquia da norma penal, que pode ser alterada a todo e qualquer momento, sem a necessidade da observância das formalidades exigidas pelas normas estatais, e que não raras vezes acaba por representar interesses de determinadas classes e de seus representantes, esvazia-se o injusto penal de qualquer sentido.²⁷⁸

Contudo, isso não quer dizer que essas normas não possam – e não devam – ser levadas em consideração. De fato, essas regulamentações não possuem a mesma força que as leis, contudo servem como um indicador das condições mínimas de segurança que devem ser tomadas na prática de determinada atividade. O seu descumprimento não faz com que se presuma, de pronto, a criação de um risco proibido, consiste, no entanto, em um indício, ao passo que a sua observância acarreta uma presunção de que a atividade praticada não era

²⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 1003.

²⁷⁸ Malamud Goti afirma que o problema de atrelar o reconhecimento de um risco como permitido a uma permissão estatal, tácita ou expressa que permita a realização de determinada atividade é que tais permissões dificilmente emanam de fonte de igual ou superior hierarquia da lei penal, fazendo com que essas normas não tenham força derogatória – ou limitadora – da lei penal. Além disso as ordenações infrapenais, teriam como objetivo legitimar determinadas condutas e não permiti-las, de modo que a sua legitimação estaria sujeita a limitações. (MALAMUD GOTI, Jaime E. El riesgo permitido en el derecho penal. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. 1/4, v. 1, 1978. p. 741s.)

arriscada.²⁷⁹ Dessa forma, ainda que o agente tenha respeitado uma norma técnica e sobrevenha um resultado lesivo, o fato do mesmo ter agido de acordo com a norma não o isenta, de pronto, da sanção penal. Tal questionamento somente poderá ser esclarecido na análise do caso concreto.²⁸⁰

Assim, da mesma forma que no caso das normas extrapenais, as normas técnicas teriam, sim, um papel importante na determinação do risco proibido. Contudo, não poderiam ser reconhecidas como um critério para a sua determinação no âmbito do Direito Penal, mas sim como um elemento de análise auxiliar, de modo que a sua inobservância seria apenas um indício de que a conduta praticada seria de natureza proibida, cabendo ao Direito Penal a análise do caso concreto e das circunstâncias em que se deu o fato para que então se possa determinar se o risco criado pelo agente tinha relevância penal ou não.²⁸¹

3.2 SOLUÇÕES EXTRANORMATIVAS

Apesar das normas de cuidado serem tidas como o principal critério para determinar o risco permitido, há casos, no entanto, em que não se dispõe de normas regulamentares, de modo que se questiona de que forma deveríamos proceder a fim de determinar o nível de risco a ser considerado como permitido no caso concreto. Assim, em que pese seja possível na maioria das vezes o estabelecimento de medidas de segurança em determinadas atividades ou standards técnicos por parte do Estado, sempre haverá casos em que isso não será possível, em que não se irá dispor de normas expressas determinado o nível do que deve ser considerado como permitido pelo Direito Penal.²⁸² Nesses casos, a doutrina se divide a cerca de qual critério deve ser levado em consideração para determinar o risco que será tido como relevante para o Direito Penal.

Alguns entendem que se deve realizar uma ponderação de interesses, outros defendem que o parâmetro seria a previsibilidade, o homem prudente (homem médio) ou a capacidade individual do agente. O fato é que não há consenso na doutrina a respeito de quais

²⁷⁹ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 127ss.

²⁸⁰ De acordo com Garcia, as normas técnicas devem ser avaliadas caso a caso, pois além da possibilidade de estarem desatualizadas, a cada situação irá corresponder um determinado grau de tolerância do risco. (GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, v. 14, 2006. p. 55s.)

²⁸¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p. 248s.

²⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. In: *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*. Fasc. II, 1993. p. 709.

critérios devam ser levados em consideração. Em razão disso, pretende-se apresentar aqui os principais critérios referidos pela literatura jurídico-penal.

3.2.1 A ponderação de interesses como critério

A ponderação de interesses consiste em uma análise de custo e benefício acerca do risco.²⁸³ O benefício estaria na liberdade de ação, ao passo que o custo seria a perda dos bens que ocorre em razão do risco assumido.²⁸⁴ Para que um risco possa ser reconhecido como permitido deve haver uma relação adequada entre os custos e os benefícios que o mesmo traz.²⁸⁵ Dessa forma, quanto maior for a utilidade social da atividade perigosa, maior será a margem de risco admitida.²⁸⁶ Nessa concepção, “os riscos são aceitos ou tolerados quando os benefícios pesam mais que os riscos”.²⁸⁷

A fronteira entre o proibido e o permitido deveria ser buscada mediante uma valoração *ex ante* dos interesses que se encontram em jogo, ponderando-se, por um lado, a utilidade social da conduta e, por outro, a amplitude e proximidade de lesão ao bem jurídico, ou seja o grau de probabilidade de lesão ao bem e os bens jurídicos que podem ser ameaçados. Para que se possa determinar quais são os interesses necessários, deve-se realizar um juízo objetivo a respeito do risco inerente à ação no momento da execução da mesma, a fim de determinar o grau de uma possível lesão ao bem jurídico tutelado.²⁸⁸

Gil Gil também compreende a importância da ponderação de interesses para determinar o nível do risco permitido. Segundo ela:

²⁸³ De acordo com Curado Nevez, essa ponderação seria feita através de uma valoração dos bens jurídicos que possam ser afetados pela conduta, e também pelo interesse social que a conduta possui. Devendo, ademais, verificar o grau de possibilidade de concretização da lesão, ou seja; segundo o autor, a previsibilidade também seria um dos critérios que determinaria o risco permitido, o que, ao nosso ver, não seria correto, conforme veremos nos tópicos seguintes do trabalho. (CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso se riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989. p. 336.)

²⁸⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

²⁸⁵ Segundo Mir Puig, a análise através da ponderação de interesses faria com que se estabelecesse um parâmetro qualitativo que determinaria se o resultado poderia ser imputado como obra do agente. (MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, nº 56, set.-out., 2005. p. 186.)

²⁸⁶ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992. p. 133s.

²⁸⁷ KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic. *Factoring risk into environmental decision making*. Disponível em: <<http://emerald.tufts.edu/~skrimsky/PDF/Factoring%20Risk.PDF>>. Acesso em: 04 de jul. de 2017. p. 108.

²⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente. Tomo II. Barcelona, Junio, 1988. p. 433.

El determinar qué riesgos son <<irrelevantes ya desde el principio>> es una cuestión valorativa que, en el momento en que se renuncia, como por otra parte es correcto, a una probabilidad matemática mínima, depende de una ponderación de intereses exactamente igual que el establecimiento del riesgo permitido (...).²⁸⁹

Na concepção de Gil Gil, a ponderação de prós e contras seria o que determinaria se o risco deverá ser permitido ou proibido, e não a probabilidade de lesão. Dessa forma, a autora propõe uma solução diversa para o caso da tormenta,²⁹⁰ pois o risco criado pelo sobrinho não poderia ser considerado como permitido, não por não criar uma possibilidade de lesão, mas sim por não existir nenhum benefício (pró) na sua permissão, havendo, portanto, apenas o contra, o que faz com que tal atividade não possa ser tida como permitida.²⁹¹

Contudo, Jakobs afirma que o critério da ponderação de interesses por meio do cálculo de custos e benefícios se veria prejudicado em razão da ausência de critérios que delimitem essa valoração. Sem esses critérios não seria possível determinar qual seria o cálculo correto a ser considerado, bem como qual não teria relevância. Quais os valores a serem objeto de ponderação, e como ela deve ocorrer. A ausência de critérios faz com que tudo seja possível.²⁹² Cordech e Crende sustentam que não seria possível realizar sempre uma análise empírica acerca dos custos e benefícios que cada risco comporta. Dessa forma, ainda que seja possível realizar uma prognose exata sobre a magnitude de um determinado risco, isso nem sempre será possível em relação a outros, uma vez que nem sempre se dispõe de um modelo social vinculante e suficientemente preciso para realizar essa comparação.²⁹³

D'Avila se opõe veemente à concepção do risco com base em um cálculo de custo-benefício. Ele afirma que:

²⁸⁹ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 278.

²⁹⁰ O caso da tormenta é explorado por Honig em sua obra *Kausalität und objektive Zurechnung* e consiste em um tio que envia seu sobrinho, ao qual pretende herdar a herança, durante uma tempestade à uma colina com árvores muito altas, ocasião em que o sobrinho é atingido por um raio e morre. Nesse caso, segundo o autor, a intenção de provocar a morte mediante a queda de um raio não cria um risco mensurável de lesão ao bem jurídico, pois faltaria a possibilidade objetiva de perseguir o resultado. A conduta humana causadora do resultado só seria juridicamente relevante se pudesse ser concebida como disposta finalisticamente com a produção ou evitação do resultado. (HONIG, Richard. *Kausalität und objektive Zurechnung*. In: *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. 2007, (4). p. 186-187)

²⁹¹ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. P. 238s.

²⁹² Jakobs traz como exemplo para ilustrar o afirmado: “quanto vale uma vida humana no tráfego viário, ou, mais concretamente, no tráfego viário de particulares num feriado? Que valor corresponde ao risco existente para a saúde no posto de trabalho em comparação com as condições de produção rentáveis? Onde está na educação de um filho o ponto ótimo entre a liberdade, carregada de riscos, e a tutela, que necessariamente comporta restrições ao livre desenvolvimento? Essas perguntas só poderiam ser respondidas por quem se dispusesse a não ver a realidade além de estreitos e parciais limites do âmbito social.” (JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.36.)

²⁹³ CODERCH, Pablo Salvador; CRENDE, Antonio Fernández. Causalidad y responsabilidad. In: *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2006. p. 11.

a idéia de perigo socialmente aceito não está vinculada a uma ponderação de malefícios-benefícios que esse perigo poderia gerar no âmbito comunitário, o que, em muitos casos, tornaria sua constituição absolutamente impossível. Se observarmos, novamente, a questão do tráfego de veículos automotores não industriais (veículos de passeio), podemos perceber que a lesão dele advinda, concretizada em inúmeras mortes todos os dias, não pode ser compensada pelo simples benefício de deslocamento. Não haveria, sequer uma harmonia entre custo-benefício, muito menos a possibilidade deste suplantar aquele. No entanto, o tráfego automotor legitimou-se por incontáveis fatores históricos e benefícios indiretos, considerados, de certa forma, indispensáveis ao cotidiano contemporâneo.²⁹⁴

O parâmetro da ponderação de interesses se depara, portanto, com um importante problema, o fato de não existirem critérios adequados e objetivos de valoração, de modo que os cálculos feitos através desse método acabariam perdendo sua validade.²⁹⁵ Em razão disso, Reyes Alvarado refere a classificação das atividades sociais proposta por Schünemann como uma forma de determinar de maneira mais clara a ponderação de interesses, tornando-a, assim, menos vaga.

(...) propone SCHÜNEMANN una clasificación de las actividades sociales de acuerdo con sus implicaciones en la vida de relación comunitaria, distinguiendo así entre *acciones suntuarias* que demostrarían un excesivo interés individual como la de pasear fieras por vías públicas, *acciones socialmente habituales*, como la posesión de perros, a las cuales se ha acostumbrado la comunidad debido a su frecuencia y frente a las que se han desarrollado mecanismos sociales de protección a través de la exigencia de ciertas medidas de precaución, *acciones socialmente útiles* como la de conducir vehículos automotores, en las cuales siempre existe un moderado riesgo residual que no pudiendo ser eliminado debe ser soportado debido a la utilidad social de la actividad, y *acciones socialmente necesarias* como el empleo de medios masivos de transporte, en las que incluso riesgos considerables no pueden ser eliminados porque conducirían a la inoperancia de muchas actividades empresariales. De estas varias modalidades de actuación que socialmente suelen ser desarrolladas, deberían siempre considerarse como generadora de riesgos permitidos las acciones que socialmente son necesarias y útiles, mientras las acciones habituales solo serían toleradas en cuanto las medidas de precaución exigidas mantuvieran el riesgo dentro de niveles moderados, en tanto que las acciones suntuarias generarían riesgos permitidos únicamente en aquellos casos en los que las medidas de seguridad adoptadas mitigaran completamente su peligrosidad.²⁹⁶

Porciúncula também se opõe à utilização da ponderação de interesses como critério para determinar se o risco era permitido ou proibido. Segundo ele, esse critério seria um método arbitrário, que acarretaria inúmeras ameaças a direitos individuais, na medida em que estes

²⁹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.48

²⁹⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

²⁹⁶ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 114.

seriam sacrificados em prol de metas e objetivos da coletividade.²⁹⁷ Reyes Romero, por sua vez, afirma que o fato de uma atividade produzir benefícios sociais maiores que outras não possui relevância alguma para fins de imputação penal, pois o que se busca verificar no caso concreto é se o resultado é imputável à conduta, e não se ela é tida como socialmente benéfica.²⁹⁸

O critério de custo-benefício faz com seja admissível dentro do instituto do risco permitido a entrada de critérios naturalísticos, estatísticos ou matemáticos, ou que vai de encontro com a própria essência do risco permitido, um critério eminentemente normativo. Não se pode – sem se deve – tentar reduzir o risco permitido a um simples cálculo ou a uma simples fórmula matemática, tal objetivação se mostra além de inviável, demasiado problemática, especialmente no âmbito do Direito Penal, o qual deve se ocupar da análise do caso concreto, e não em realizar cálculos hipotéticos de custos e benefícios de certos riscos.

3.2.2 O homem médio como critério

Uma das propostas de solução para os casos em que não se dispõe de uma regra escrita que determine o limite do risco permitido é o recurso à figura do “homem prudente”, “bom pai de família”, ou “homem médio”.²⁹⁹ Nesses casos, compara-se a conduta praticada pelo agente com a de um homem prudente fictício, se ambas coincidirem, a imputação do resultado será afastada, ao passo que se a conduta do homem real se distanciar da do homem prudente, ele deverá ser responsabilizado pelo resultado.³⁰⁰ Assim, considera-se que o agente atua dentro do risco permitido quando sua conduta coincidir com a conduta de um ser ideal.³⁰¹

De acordo esse critério, não há relevância se o sujeito possui um conhecimento especial, uma capacidade superior, se ele não tinha condições de ter conhecimento no caso concreto, se não possuía capacidade de agir; importa apenas o que o ordenamento exige dele,

²⁹⁷ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo <<objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal. Hacia la <<exteriorización de lo interno>>*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014. p. 246.

²⁹⁸ REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Ano 21, n. 1, 2015. p. 143.

²⁹⁹ CÓRDOBA, Fernando. Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 3, 2015. p. 10s.

³⁰⁰ O critério do homem médio seria, na verdade, um critério normativo, uma vez que expressa uma valoração, bem como as exigências do ordenamento, não sendo, como alguns doutrinadores afirmam, um critério fático. (GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 282.)

³⁰¹ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 115.

ou seja, a conduta que se espera que ele pratique, e não suas capacidades e qualidades individuais, nem mesmo o contexto em que o fato se desenvolve.³⁰²

No entanto, uma alusão genérica a um ser ideal se mostra demasiado imprecisa, uma vez que se atribui conhecimentos genéricos, sem considerar o homem no caso concreto, com seus conhecimentos individuais.³⁰³ Além disso, por se tratar de um ser ideal, não há dúvidas que independentemente das condições em que ele praticar a conduta, a sua atuação será sempre impecável, ao passo que na vida real nem sempre se pode contar com esse tipo de situação.³⁰⁴ Com o intuito de melhor delimitar, a doutrina passou a admitir que o homem ideal tido como parâmetro deveria pertencer ao círculo de atividades do agente, levando, então, em consideração os conhecimentos de um sujeito que pertença ao mesmo meio que aquele que praticou a conduta, bem como a situação concreta, não fazendo mais um juízo hipotético com base em uma situação ideal, mas sim na que o agente se encontrava no momento do fato.³⁰⁵

Contudo, essa delimitação, ainda que seja válida, se mostra problemática, conforme aponta Jakobs:

(...) diz-se que o juízo deve se fazer de maneira objetiva, em concreto, por um *expert* na matéria respectiva, que ademais deve estar preparado por todos os conhecimentos e aptidões especiais do autor. (...) Pretende-se que a respeito desse enfático *expert do cuidado* exista uma expectativa social geral: afirma-se que precisamente sua decisão deve estabelecer o que é socialmente adequado e o que não se considera, por outra via, também socialmente adequado. Isto já é errado simplesmente pela razão de que ninguém conta com a existência de semelhante sujeito sem igual. Como iria existir? As expectativas reais são geradas na vida real e os gabinetes de excentricidades de modo algum servem a este efeito.³⁰⁶

O fato de Jakobs se opor à utilização do juízo de um expert não quer dizer que ele seja a favor de um juízo discricionário; pelo contrário, ele entende que se deve fazer um juízo

³⁰² GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. p. 240ss.

³⁰³ Segundo Pizarro de Almeida: “A identificação ingênua entre o homem médio e o homem razoável está hoje ultrapassada nos países da common law, em grande parte devido à necessidade de contrariar a tendência dos jurados para avaliar o comportamento do arguido segundo padrões de homem médio¹³⁸. Implantou-se assim um critério de razoabilidade, mais consentâneo com o sistema aí vigente (...)” (PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 79.)

³⁰⁴ Nesse ponto Reyes Alvarado traz como exemplo o médico rural “que con ayuda de precarios recursos materiales debe emprender complicadas intervenciones quirúrgicas se le debería reprochar la creación de um riesgo desaprovado em cuanto el homúnculo habría desplegado una conducta irroprochable gracias a las condiciones óptimas de que idealmente siempre dispondría.” (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 116.)

³⁰⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 116s.

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

objetivo, levando em consideração não o conhecimento de um expert, mas sim os conhecimentos do titular do papel. Dependendo da situação fática é possível que existam condições diversas a respeito do que pode ser considerado como permitido. Aqui Jakobs refere como exemplo “a mãe que veda com um pedaço de tecido um pequeno ferimento na perna de seu filho, atua ainda dentro do risco permitido, enquanto que o médico já estaria plenamente dentro do âmbito do não permitido por causa da falta de assepsia”.³⁰⁷

Segundo Pizarro de Almeida, o fato de não ser possível determinar de forma objetiva qual seria o padrão a ser considerado como o do homem prudente faz com que a construção a respeito desse indivíduo ideal seja feita de forma subjetiva pelo próprio julgador. Em alguns casos ainda se consegue delimitar essa arbitrariedade do julgador mediante a alusão a regras de experiência comum, o que evita eventuais conclusões absurdas por parte daquele que julga o fato. Ao ver da autora, uma possível solução para esse problema seria considerar como parâmetro o homem médio na mesma posição e com as mesmas características do agente, ou seja, um homem médio específico – como, por exemplo, um médico, um empresário, um arquiteto etc. Essa tentativa de delimitação, no entanto, acabaria forçando o critério ao seu limite, de modo que não se analisaria mais o comportamento do homem médio padrão, mas sim o comportamento de um agente com qualidades e deficiências idênticas daquele que pratica o fato. Ou seja, essa flexibilização do critério do homem prudente levaria a sua inutilização.³⁰⁸

Ao nosso ver, não se pode exigir a mesma conduta de todas as pessoas, não sendo possível criar uma expectativa de comportamento padrão, baseada em um sujeito ideal e fictício. Deve-se levar em consideração o autor do fato e seus conhecimentos individuais. No entanto, questiona-se como poderíamos determinar o que é exigido de cada pessoa, e com base em que critérios o faríamos. Reyes Alvarado afirma que devemos fazer três questionamentos: “qué debe saber cada individuo, qué sabe efectivamente cada persona y qué debe hacer cada sujeto con base en lo que ya sabe”.³⁰⁹

O que deve saber cada indivíduo diz respeito ao papel social que ele desempenha, de modo que se exige dele apenas o que é indispensável para o desempenho do seu papel dentro do âmbito de competência que ele se encontra.³¹⁰ O que efetivamente sabia diz respeito ao que

³⁰⁷ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 46s.

³⁰⁸ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 80s.

³⁰⁹ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 134.

³¹⁰ “(...) solo a quien desempeñe el rol social de médico le son exigible conocimientos sobre la ciencia médica, mientras que quien socialmente se desempeña como ingeniero, arquitecto, policía, ama de casa o juez no se esperan

o agente sabia no momento em que ele praticou a conduta; por exemplo, ninguém é obrigado a ter conhecimentos específicos do funcionamento dos meios de transporte, assim, ainda que o agente tenha a esperança de que se produza a morte de outrem em um acidente, não poderia ser por ela imputado, pois não criaria um risco não permitido; contudo, quem recomenda a um parente que viaje em um trem ou em um avião no qual sabe ter uma bomba, e em razão da explosão da bomba o parente acaba morrendo, deveria ser responsabilizado, pois tinha um conhecimento especial a respeito da situação fática, de modo que teria criado um risco não permitido. No que tange ao que o agente deve fazer, o juízo dependeria da expectativa que recai sobre o comportamento do mesmo na situação concreta, pois não se exige de todas as pessoas, ainda que inseridas em circunstâncias similares, as mesmas condutas.³¹¹

Para D'Avila o critério do homem médio não pode ser admitido. Primeiramente em razão da impropriedade de seus fundamentos teóricos, bem como em razão da violação do princípio da legalidade, tanto a lata, como a estrita. O autor assim afirma:

O padrão em si é inalcançável, e, se o próprio padrão torna-se de impossível apreensão, como falarmos em segurança jurídica, decorrência primária de legalidade lata, quiçá ambicionarmos a sua subsunção ao ideal de legalidade estrita? Tal conceito é, por natureza, equivocado. Afinal, o que seria um homem razoável? O que seria um homem prudente? Ora, tal construção jurídica não apenas afronta a totalidade dos princípios jurídicos fundamentais, expondo sua frágil novação dogmática à arbitrariedade, como é estranha ao mundo em que vivemos, revestindo-se de uma ilogicidade primária, inconcebível e obsoleta.³¹²

Nota-se, portanto, que o critério do homem médio acaba por apresentar mais problemas do que soluções para os âmbitos em que não se dispõe de uma norma que determine o parâmetro do que será considerado como permitido. Considerá-lo sem ponderar as capacidades do agente faz com que se exija dos sujeitos condutas impecáveis, não aceitando qualquer margem de erro, uma vez que sua forma de agir será sempre comparada com a de um agente perfeito e hipotético, que se encontra em uma situação perfeita e ideal, onde lhe são fornecidas todas as condições para que ele atue da maneira correta;³¹³ o que, por óbvio, não

conocimientos médicos, sino aquellos que se requieren para el desempeño de su respectiva actividad.” (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 134.)

³¹¹ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 135s.

³¹² D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

³¹³ Varela afirma que: “Ya con sostener que el sujeto decidor observa todas las posibilidades que yacen ante él, esta teoría asume premisas alejadas de la realidad, porque por regla general, el sujeto decidor no siempre cuenta con todas las posibilidades que se le presentan en el momento de la decisión. Del mismo modo, tampoco es del todo real que quien toma decisiones pondera de forma calculada y detallada las consecuencias de cada una de las elecciones posibles”. (VARELA, Lorena. Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N. 19, 2017. p. 13.)

acontece no caso concreto.³¹⁴ Por outro lado, flexibilizar o critério do homem médio e aceitar como parâmetro de comparação um homem inserido no mesmo contexto que o agente e com suas mesmas habilidades nada mais é do que reconhecer a inviabilidade do critério. A sua flexibilização acarretaria, portanto, na sua própria negação. Assim, não se pode trabalhar com um critério que se pauta por situações hipotéticas e ideais e não analisa a situação real em que ocorre o fato, especialmente em uma sociedade como a nossa, complexa e acelerada, pois jamais se saberá como o homem prudente e ideal irá agir em todas as situações novas e inesperadas que nos deparamos em nosso dia-a-dia.³¹⁵

3.2.3 A (ir)relevância das capacidades individuais do agente na determinação do risco proibido

As capacidades individuais do agente,³¹⁶ também chamadas pela doutrina de conhecimentos especiais,³¹⁷ consiste naquilo que uma pessoa conhece, sem que esteja obrigado a conhecer.³¹⁸ Esse critério tem como objetivo questionar se deve ser levado em consideração o cidadão de forma individual, ou considerá-lo com base em padrões objetivos predeterminados,³¹⁹ ou seja, se devemos considerar apenas o papel que a pessoa exerce em

³¹⁴ Reyes Alvarado refere como exemplo o médico rural que se encontra desprovido de qualquer condição de assepsia e dos equipamentos hospitalar. Não há como equiparar a sua conduta a de um médico prudente, que se encontra em uma situação ideal, em um hospital, munido de todos os equipamentos e de uma equipe de enfermeiros. (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 116.)

³¹⁵ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 81.

³¹⁶ Optou-se por utilizar o termo “capacidade individuais do agente” como referência ao invés do termo comumente utilizado pela doutrina, qual seja, “conhecimentos especiais do agente”, em razão deste último geralmente contemplar apenas os casos em que o sujeito possui um conhecimento superior ao da média, ao passo que o primeiro termo abarcaria para além dos conhecimentos superiores, também as hipóteses em que o agente possui ou capacidade ou conhecimento inferior à média, ou seja, uma capacidade inferior à esperada.

³¹⁷ D’Avila traz em sua obra uma distinção importante acerca das correntes doutrinárias a respeito das capacidades individuais do agente. “Nesse âmbito, podemos identificar três correntes distintas: a primeira e majoritária, denominada *Teoria da Dupla Posição*, sustenta uma análise típica exclusivamente objetiva, relegando a totalidade dos aspectos subjetivos, concernentes à capacidade individual do agente em responder à norma, para a apreciação da culpabilidade. A segunda, denominada *Teoria da Individualização da Capacidade do Agente*, aduz que tanto os elementos objetivos como os subjetivos são imprescindíveis na análise do injusto típico. Enquanto a terceira, que podemos denominar *Teoria Mista de Roxin*, propõe uma posição intermediária entre os dois extremos: dever-se-ia levar em consideração a capacidade individual do agente apenas na hipótese de ser esta superior ao padrão objetivo; sendo inferior, mantém-se o padrão estritamente objetivo, relegando a análise individualizada para o âmbito da culpabilidade.” Assim como o autor, também endossamos a Teoria da Individualização da Capacidade do Agente. (D’ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 94s.)

³¹⁸ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. rev. y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 136.

³¹⁹ Jakobs questiona o seguinte: “debe toda persona conjuntar permanentemente todos los conocimientos de todos los roles que desempeña con el fin de proteger bienes jurídicos, o le esta permitido ignorar en el marco de un rol lo que conoce en otro? Quien defienda el deber de conjunción debe admitir un delito doloso de lesión si un

determinado momento – por exemplo, um motorista, uma mãe, um médico – ou se devemos considerar também a pessoa em sua individualidade.³²⁰

Nessa concepção, os conhecimentos que o agente possui no momento da prática do fato seriam de suma importância na determinação do risco proibido. Assim, se o sujeito tem conhecimento da existência de um perigo especial no momento em que irá atuar, tal fato faz com que o carácter socialmente adequado da conduta seja eliminado, ou seja, a conduta passaria a ser tida como proibida, ainda que fosse prevista por uma norma como permitida.³²¹

Contudo, tal critério, ainda assim, deve ser delimitado. Com o intuito de fazê-lo, a doutrina propõe a utilização de uma prognose objetivo-posterior, em que, por meio de um juízo *ex ante*, se busca verificar se o próprio agente consideraria a ação arriscada, levando-se em conta ainda os conhecimentos especiais do sujeito.

Por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior (nm. 32) en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto (cfí". nm. 32). Así pues, si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato (§ 211) u homicidio (§212) si se mata al paseante.³²²

De acordo com Frisch, não seria possível prescindir completamente dos conhecimentos especiais que o agente dispunha no momento do fato. Assim, espera-se que aquele que tem conhecimento de uma determinada situação – ou elemento – de perigo

estudiante de biología trabajando de camarero descubre en una ensalada exótica, gracias a los conocimientos obtenidos en la carrera, una fruta venenosa, y a pesar de ello sirve la ensalada. ¿Qué le importa al estudiante de biología el cliente?; formulando en otros términos, ¿por qué en la interacción entre camarero y cliente debe corresponder al camarero un conocimiento derivado de su rol como estudiante de biología?". (JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 44. Fasc/Mes 2, 1991. p. 495)

³²⁰ Nesse ponto, parece-nos essencial o questionamento levantado por Jakobs: “que sucede quando o autor sabe mais e possui maiores habilidades que uma pessoa diligente, isto é, quando, por exemplo, o taxista, conhecedor da localidade em que trabalha, sabe que no seguinte cruzamento, no qual ele tem preferência, aparecem continuamente pessoas de fora que, por erro, se comportam como se a eles lhe correspondesse a preferência?” (JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.)

³²¹ WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. p. 31- 89. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 49.

³²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 367.

desconhecida por outros a leve em consideração no momento em que for praticar a conduta, de modo que se não o faz não pode ter sua conduta reconhecida como adequada.³²³

Gil Gil afirma que nos casos em que se dispõe de uma norma de cuidado que define, explicitamente o risco tido como proibido, as capacidades individuais do agente não teriam relevância para a determinação do perigo. Ela assim refere:

Si el sujeto, dados sus conocimientos especiales, ha previsto que la observancia de la norma de cuidado explícitamente regulada resultará la lesión de un bien jurídico, no puede decirse que infrinja dicha norma, y tampoco que la norma varíe si se trata de un supuesto típico que dicha norma precisamente trata de comprender. El sujeto se mantiene dentro del riesgo permitido. Sin embargo su conducta no quedará necesariamente impune, pues al haber previsto la posibilidad de la producción del resultado podrá incurrir en responsabilidad por un delito doloso de omisión (...).³²⁴

Um argumento comumente trazido a fim de evitar a consideração das capacidades individuais do agente é a violação ao princípio da igualdade. Nessa concepção, afirma-se que aqueles possuem conhecimentos acima da média estariam obrigados a ser mais cuidadosos que os demais. Dessa forma, o nível do risco tido como permitido uma pessoa normal seria X, já o de uma pessoa intelectualmente mais bem dotada seria X+1, de modo que se inseridas em um mesmo contexto o nível de risco admitido em relação a cada uma delas não será o mesmo. Assim, seria injusto levar em consideração os conhecimentos especiais, pois se determinaria o risco proibido de acordo com a diferença cognitiva; e ineficaz, pois desincentivaria as pessoas

³²³ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 56s.

³²⁴ A fim de ilustrar, ela traz o seguinte exemplo: “si la norma de cuidado establece que una curva debe tomarse a una velocidad de 30 Km/h el hecho de que el ingeniero conozca que su vehículo de tracción a las cuatro ruedas es capaz de tomarla a mayor velocidad sin ningún peligro no le exime del respecto de la norma, pues de lo contrario la determinación del cuidado debido se dejaría a la estimación de cada uno y carecería de sentido la estandarización de normas de cuidado. Por otro lado, si el conductor excesivamente pusilánime, entiende que el tomar la curva a 30 km/h es ya muy peligroso e imagina que a tal velocidad su vehículo se deslizará sin control por el carril contrario, ello no convierte su conducción a la 30km/h en infractora del cuidado debido, pues la determinación de la norma no depende de su juicio sobre la peligrosidad. Si el ingeniero de caminos estima correctamente que el límite de velocidad establecido en esa curva es superior al no peligroso y que por lo tanto la regulación es errónea ello tampoco convierte su conducción a la velocidad permitida en infractora del cuidado debido, pero si al tomar la curva a tal velocidad permitida prevé la producción de un resultado de lesión de un bien jurídico, se convierte en garante obligado a conjurar el peligro por él creado dentro del riesgo permitido, lo que conduce a que deba disminuir la velocidad hasta convertir la conducta en no peligrosa si no quiere convertirse en autor por omisión dolosa del resultado lesivo que se produzca. Sin embargo, si aún habiendo podido prever por sus conocimientos que la velocidad permitida era excesiva, no pensó en ello, no existe delito doloso y tampoco imprudente, ya que el sujeto respetó la norma explícitamente regulada para tal supuesto. (GIL GIL, Alicia. Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva. In: *Estudios penales y criminológicos*. N. 24, 2002-2003. p. 391ss.)

a adquirir conhecimentos adicionais, uma vez que essa aquisição importaria em uma maior exigência de cuidado.³²⁵

A afirmação de que a exigência de um cuidado superior de quem possui conhecimentos superiores desincentivaria a aquisição de novos conhecimentos é no mínimo duvidosa, pois aquele que adquire novos conhecimentos sabe que com eles virão novos e mais complexos deveres. O médico que decide se especializar sabe que em razão disso a sociedade esperará dele uma maior expertise e um menor número de falhas. O físico que decide trabalhar com energia nuclear, ao optar por fazê-lo sabe que terá que tomar precauções muito maiores do que as que tomaria em uma situação normal. O fato disso ocorrer não faz com que essas pessoas desistam de praticar tais atividades e de adquirir maiores conhecimentos.

Alegar que exigir deveres de cuidado diferentes entre pessoas com capacidades diferentes configuraria uma infração ao princípio da igualdade não nos parece o caminho mais correto a ser seguido. Se exigíssemos a mesma medida de cuidado daquele que possui capacidades normais – ou seja, dentro da média – em relação aquele que possui capacidades especiais superiores, estaríamos exigindo um esforço inferior deste último em relação ao primeiro. Ou seja, sob aquele que não possui conhecimentos especiais impondria uma exigência maior do que aquele que o possui. Esse fato, sem dúvida, infringiria o princípio da igualdade. Pensemos no médico expert. Se exigirmos dele um nível de cuidado idêntico ao do médico iniciante, exigiríamos um esforço menor do expert, exigindo dele, portanto, menos do que do médico iniciante. Dessa forma, tendo em vista o princípio da igualdade, faz-se necessário que todos os sujeitos “‘deem de si’ de forma equivalente”, de modo que o nível do cuidado exigido não poderá ser determinado com base em uma quantidade fixa, mas, sim, com base em uma porcentagem, a qual procuraria manter sempre o mesmo coeficiente, variando de acordo com capacidades e conhecimentos individuais. Nesse sentido, se o agente possui capacidades e conhecimentos especiais superiores, o nível de exigência de cuidado em relação a ele também deve aumentar; enquanto aquele que possui capacidades ou conhecimentos inferiores em relação à média deve ter o seu nível de exigência de cuidado diminuído.³²⁶

Nesse sentido refere Kindhäuser:

El argumento de la igualdad de trato estaría justificado si la orientación a la capacidad individual efectivamente condujese a una carga más intensa para el autor especialmente dotado. Éste no es, sin embargo, el caso, porque por principio no se

³²⁵ REYES ROMERO, Italo. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. In: *Política Criminal*. V. 10. N. 19, 2015. p. 86.

³²⁶ REYES ROMERO, Italo. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. In: *Política Criminal*. V. 10. N. 19, 2015. p. 87.

toman en consideración capacidades especiales potenciales, sino capacidades especiales actuales. Determinante sólo puede ser el saber efectivamente disponible en la situación de decisión respectiva. Por ello, un sujeto especialmente capaz también puede despreocuparse de la subsistencia de sus capacidades especiales si en el momento relevante carece de indicios de tener que estar en posición de evitar un resultado. A modo de ejemplo: un médico que en su trayecto de regreso a casa desde una celebración de carnaval, producto de una alcoholización extrema, no es capaz de auxiliar a un lesionado, no actúa descuidadamente, independientemente de que él hubiese podido sin más prestar auxilio en caso de haber estado sobrio. Pero de esto no puede extraerse, a la inversa, que la incapacidad generalmente exonere de responsabilidad.³²⁷

As críticas feitas acerca da utilização das capacidades individuais do agente como critério para determinar o risco proibido, e, portanto, a imputação objetiva são no sentido de que ao considerar os conhecimentos do agente para determinar a imputação do resultado estar-se-ia analisando, já no tipo objetivo, um elemento subjetivo, o que faria com que a teoria da imputação objetiva perdesse seu caráter objetivo, uma vez que a mesma trabalharia com elementos subjetivos.³²⁸ No entanto, tal crítica não se sustenta, pois os conhecimentos do agente e suas experiências, nesses casos, seriam necessários para que se pudesse realizar um juízo acerca da admissibilidade do perigo, ou seja, se o perigo criado pelo agente será considerado permitido ou proibido, o que é feito de acordo com parâmetros objetivos e fundamentado em circunstâncias objetivas.³²⁹

Para que se possa determinar se o risco criado pelo agente era proibido deve-se levar em consideração a situação concreta em que ele se encontrava e a conduta que ele praticou, e não a conduta que era esperada dele em uma situação hipotética sob condições ideais. Reyes Alvarado refere como exemplo aqui o caso do ciclista.³³⁰ Segundo ele, nesse caso deve-se considerar a situação concreta em que ocorre a lesão, pois apenas assim seria possível determinar as condições de visibilidade no momento do fato, a possibilidade do caminhão realizar alguma manobra para evitar o acidente. O fato de se levar em consideração todos os elementos presentes no momento do fato, bem como os conhecimentos que o agente possuía

³²⁷ KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito. In: *Cuadernos de política criminal*. N. 103, 2011. p. 22.

³²⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona, Junio, 1988. p. 446.

³²⁹ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 57ss.

³³⁰ O caso do ciclista consiste no seguinte caso: “O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude um reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (Strassenverkehrsordnung)”. (ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 338.)

no momento da ação, não faz com que o juízo a respeito da imputação do resultado – e do risco permitido - deixe de ser objetivo, pois analisar-se-á a forma como o agente atuou, mas também a conduta que era exigível dele no momento da ação, com seus conhecimentos e diante da situação que se encontrava.³³¹

O simples fato de se levar em consideração um elemento de ordem subjetiva não faz com que a teoria da imputação objetiva deixe de ser objetiva,³³² ou mesmo de incidir sobre a tipicidade objetiva. Pensar em um direito penal, e em categorias dogmáticas, puramente objetivo e desprovido de qualquer nível de subjetividade é, no mínimo, ingênuo, se não impossível. Dessa forma, compreendemos que as categorias dogmáticas ainda que sejam objetivas, sempre contarão – e devem contar – com um resquício de subjetividade, para que casos como os que envolvem as capacidades individuais do agente possam ser analisados e julgados de forma mais correta e mais justa.

3.2.4 A previsibilidade como critério

Segundo alguns autores, o juízo de previsibilidade³³³ seria o responsável por determinar se o risco criado pelo agente era permitido ou proibido.³³⁴ Assim, uma conduta somente poderia ser considerada como arriscada quando a produção de um resultado lesivo aparecesse como provável.³³⁵ A utilização da previsibilidade como critério é proposta por Guirao da seguinte forma:

Para determinar la adecuación de una conducta viene utilizándose la fórmula de la <previsibilidad objetiva>, la cual define las bases del juicio de peligrosidad para decidir si ésta es adecuada o no para producir el resultado y, por tanto, para considerarlo típicamente relevante. Dicho juicio se realiza por un observador objetivo, situado en la posición del autor en el momento de la acción -ex ante- que posee los conocimientos nomológicos propios de un juicio general de la experiencia y los

³³¹ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2005. p. 132.

³³² GIL GIL, Alicia. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. In: *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª Época. N. 16, 2005. p. 356.

³³³ Importante mencionar os estudos de Gimbernat Ordeig que salienta que a previsibilidade não pode ser equiparada ao imaginável. O autor assim refere: “que yo me muera porque se me cae un meteorito en la cabeza es imaginable en el sentido de que, como la imaginación no tiene limites, ello es algo que me puedo representar, pero no es previsible que yo vaya a perder la vida de esa manera”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011. p. 110.)

³³⁴ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. (Según el nuevo Código Penal de 1995). Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 161.

³³⁵ KINDHÄUSER, Ürs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Tres estudios. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2007. p. 38.

conocimientos ontológicos sobre la acción percibibles desde dicha posición, más los que el autor concreto tuviera -los << conocimientos especiales>>.³³⁶

Nessa concepção, a apreciação do risco seria tida como um prognóstico do resultado, em que o risco aumentaria de forma proporcional a probabilidade de concretização do resultado. Dessa forma, quanto maior a probabilidade de ocorrência de uma lesão, maior seria o risco que estaria associado à prática da conduta que eleva a probabilidade de dano.³³⁷ Um risco seria reconhecido como proibido, portanto, quando a sua execução demonstre que com uma certa probabilidade um resultado lesivo poderia ser produzido.³³⁸

Pizarro de Almeida procura explicar a utilização da probabilidade como critério através de um exemplo:

Veja-se o caso do uso de cinto de segurança já referido: para o legislador, viajar sem cinto de segurança aumentará o risco de, em caso de acidente, a pessoa ser projectada, sofrendo lesões que não sofreria se colocasse o cinto. A probabilidade de tal acontecer é x, não sendo possível, evidentemente, determinar ex ante quando e a quem tal acontecerá. Mas o indivíduo considera, não a probabilidade reportada ao total mas, em cada concreta viagem, a probabilidade de ter um acidente mais a probabilidade de, em caso de acidente, este ter as características necessárias para o cinto de segurança ser indispensável para lhe salvar a vida. Compreensivelmente, naquele momento em que se senta no automóvel, o indivíduo estima que essa probabilidade é extremamente reduzida e, não fora por receio de a polícia detectar a infracção, tenderia a não utilizar o cinto.³³⁹

Contudo, o simples fato da lesão ser previsível não seria, ao ver de Cuesta Aguado, suficiente para a imputação. Verificado que a lesão era previsível, dever-se-ia analisar ainda a quantidade de risco criado. Dessa forma, se a previsibilidade de ocorrência do resultado era mínima e o risco criado insignificante, o agente não deveria ser responsabilizado, em face da incidência do princípio da insignificância.³⁴⁰

Para Haas, o fato de a concretização do risco em um resultado ser previsível em nada interferiria na qualificação de um risco como permitido. Para o autor, o que possui relevância nesses casos não é a previsibilidade, mas sim se o resultado deve ou não ser imputado

³³⁶ GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. n. 2, Mayo-Agosto, 1996. p. 484.

³³⁷ KINDHÄUSER, Ürs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Tres estudios. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2007. p. 38s.

³³⁸ KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4, 2008. p. 26.

³³⁹ PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010. p. 213.

³⁴⁰ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. (Según el nuevo Código Penal de 1995). Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 161.

ao agente. Dessa forma, questionar acerca da previsibilidade em nada ajudaria em determinar a imputação, devendo-se abordar a questão normativa, a fim de verificar se o agente tinha o dever jurídico de conhecer a probabilidade de que sua conduta se convertesse em um resultado lesivo. Caso tivesse, ele deveria se abster de praticar a conduta.³⁴¹

Não há dúvidas de que não se pode falar em imputação de resultados imprevisíveis e que, portanto, a previsibilidade possui, sim, um papel importante na imputação do resultado ao agente. Contudo, reconhecer a sua importância não é o mesmo que admitir que a mesma possa – e deva – ser considerada como um critério para determinar se o risco criado pelo agente era permitido ou proibido. Por óbvio, a maioria das atividades arriscadas tidas como permitidas comportam um grau elevado de perigosidade, o que faz com que eventuais resultados sejam previsíveis. No entanto, tal fato não faz com que a atividade passe a ser proibida. Pensemos aqui no trânsito de veículos. Sabe-se que o trânsito comporta um nível de perigosidade elevado, motivo pelo qual faz inúmeras vítimas diariamente. Contudo, isso não impede que a condução de veículos deixe de ser permitida, ou que até mesmo a sua condução em altas velocidades, como ocorre em estradas, seja proibida. Nota-se, portanto, que a questão da previsibilidade não possui relevância para determinar o nível de risco que deverá ser admitido como permitido, pois o que interessa nesses casos não é a probabilidade de que uma certa atividade irá ocasionar determinados resultados, mas sim a importância que essa atividade possui dentro da sociedade de modo a fazer com que se tolere os riscos que advenham do seu exercício.

3.3 TOMADA DE POSIÇÃO

Por tudo que se expôs ao longo do presente capítulo, pode-se afirmar que a maioria dos critérios trazidos pela doutrina possuem sua importância dentro da teoria do delito. Contudo, para além disso, devemos questionar se tais critérios podem ser levados em consideração para determinar quando o risco será tido como proibido pelo Direito Penal, ou se os mesmos deveriam ser considerados em outro momento na análise do fato, ou mesmo descartados.

Como já referido, o critério de custo-benefício talvez não seja a melhor maneira de se determinar o limite do permitido, uma vez que não nos parece possível chegar a uma equação exata acerca dos custos e dos benefícios que uma atividade apresenta. Muitas vezes, os custos

³⁴¹ HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental. In: *Revista para el análisis del derecho*. N. 1, 2016. p. 7.

advindos de uma atividade são, se não iguais, maiores do que os benefícios que se obtém. Contudo, isso nem sempre é suficiente para que a mesma seja tida como proibida.

Casos como o trânsito de veículos e de energia atômica não poderiam ser solucionados por meio da análise de custo-benefício, pois o primeiro traz como consequência um número altíssimos de mortes diariamente, enquanto o segundo, na hipótese de um acidente nuclear, seria capaz de matar milhares de pessoas. Nessa lógica, não se pode afirmar que os benefícios decorrentes de tais atividades são maiores que os custos, especialmente quando o custo representa a morte de milhares de pessoas, pois a vida de uma pessoa não pode ser medida e calculada como numa equação, o que faz com que o critério perca a sua validade.

O homem médio, ao nosso ver, não deve ser considerado como um critério nem para determinar o risco proibido, nem em qualquer outro âmbito da teoria do delito. A proposta trazida pelos autores que defendem a utilização do homem prudente como parâmetro, além de se mostrar ultrapassada, traz consigo apenas mais problemas para o Direito Penal, os quais não existiriam se fosse possível analisar apenas o caso concreto e o sujeito real que o pratica. Dessa forma, acreditamos que tal critério deve ser abandonado, seja na análise da observância do dever de cuidado – conforme exposto no capítulo anterior -, seja na determinação do risco proibido, uma vez que sua contribuição é anulada em razão dos problemas que apresenta.

No que tange às capacidades individuais do agente, não há dúvidas de que as mesmas possuem relevante importância para o Direito Penal. No entanto, cabe questionar se a sua importância seria na determinação do patamar de risco tolerado, ou se na determinação do dever de cuidado existente. Tendo em vista os estudos realizados até o momento no presente trabalho, nota-se que as capacidades do agente teriam relevância na determinação da existência do *desvalor* da ação, e não do resultado, pois é na análise do *desvalor* da ação que interessa saber quais os conhecimentos que o agente possuía no momento em que praticou o fato, e sob quais circunstâncias ele se encontrava. Já na análise do *desvalor* do resultado não importa os conhecimentos e as capacidades do sujeito, mas sim se o mesmo criou um perigo para um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Em razão disso, sustentamos que as capacidades individuais do agente teriam, sim, relevância para o Direito Penal, contudo, seriam objeto de análise no âmbito do *desvalor* da ação e, portanto, na análise da observância do dever de cuidado, e não do risco permitido.

Da mesma forma que as capacidades individuais, a previsibilidade tem também importante papel na teoria do delito. Contudo, não iremos constatar a sua importância na determinação do risco proibido, mas, sim, do dever de cuidado. Grande parte dos riscos admitidos comportam um perigo tão elevado que a ocorrência de eventuais resultados lesivos

se mostra como previsível. No entanto, essa previsibilidade em nada impede que tais riscos sejam admitidos, desde que se possa controlá-los, por isso que se estabelecem as normas de cuidado, com o intuito de limitar a conduta dos sujeitos até um patamar de risco, o que, contudo, não faz com que a superveniências de resultado não seja previsível.

No dever de cuidado, se a ocorrência de um resultado é previsível por parte do agente, este deve abster-se de praticar a conduta que possa ocasioná-lo. Caso não o faça, estará infringindo o seu dever de cuidado, e a sua conduta seria, portanto, desvaliosa. Já nos casos de risco permitido, ainda que o agente possa prever a ocorrência de um eventual resultado lesivo, tal fato não faz com que o perigo criado por ele seja considerado como desvalioso pelo Direito Penal.

As normas, no entanto, se mostram como um critério válido para determinar o limite do risco permitido. Contudo, apenas as normas penais podem ser tidas como um critério para determinar o que será tido como proibido pelo Direito Penal; as extrapenais e extrajurídicas devem ser tidas apenas como um elemento auxiliar na verificação do risco.³⁴² Uma análise que se limite apenas a um juízo de valoração e comparação entre a conduta praticada pelo agente e a tida como correta se mostra insuficiente, pois a determinação do risco proibido não poderia ser feita de uma forma generalizada, devendo ser levado em consideração também o caso concreto.³⁴³ Dessa forma, o mero cumprimento de uma determinada norma não significa que o agente tenha atuado conforme o seu dever. Em outras palavras, há casos em que apesar do agente atender às normas de cuidado gerar-se-ia um risco juridicamente desaprovado.³⁴⁴ Pensemos no seguinte exemplo:

(...)quien conduciendo reglamentariamente un auto, nada hace para no atropellar a una persona ebria que imprudentemente trata de cruzar la calle con el semáforo peatonal en luz roja; en casos como este, si bien el conductor podría decir que poseía permiso de conducción, que guiaba su vehículo dentro del límite de velocidad permitido y además disfrutaba de prioridad frente la presencia del ebrio su deber no se agotaba en

³⁴² A respeito da coexistência das normas, Frisch afirma que quando tivermos um conflito entre normas pre-jurídicas e jurídicas deve-se analisar se a norma jurídica é suficiente para evitar a criação do perigo, de modo que se a norma pré-jurídica for mais apta para fazê-lo ela é que deve incidir no caso concreto. (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 128.)

³⁴³ CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 134.

³⁴⁴ Nesse sentido refere Juarez Cirino dos Santos: “A infração de uma norma jurídica isolada constitui, em regra, criação de risco não permitido e, assim, caracteriza lesão do dever de cuidado, mas, excepcionalmente, pode ser insuficiente para indicar lesão do risco permitido ou do dever de cuidado – assim como a observação estrita da norma não garante conduta conforme ao cuidado objetivo, ou nos limites do risco permitido, se a observância concreta da regra eleva o perigo de um acidente, por exemplo (...)”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 164.)

el solo cumplimiento estricto de las normas de tráfico, sino que le era exigible el desarrollo de una maniobra evasiva para eludir la colisión.³⁴⁵

Esse exemplo ilustra de forma clara porque as normas extrapenais não podem ser consideradas como critérios suficientes em si mesmas, pois muitas vezes a sua observância não representa a inexistência, ou diminuição, de um perigo para um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Assim como a sua inobservância nem sempre representará um aumento do perigo em relação do bem jurídico, pois ainda que exista a violação a norma, o agente pode ter substituído o cuidado determinado pela norma por uma cautela diversa, a qual faria com que a conduta praticada não criasse um perigo para o bem jurídico, devendo, portanto, ser considerada como permitida pelo Direito Penal.³⁴⁶ Dessa forma, para que se possa determinar o nível de risco tido como permitido não se deve levar em consideração apenas as normas, mas também o caso concreto e os elementos peculiares que cada caso engloba.³⁴⁷

Contudo, na concepção de Gil Gil, o que for permitido pelas normas extrapenais e extrajurídicas não poderia ser proibido pelo Direito Penal, ao passo que o que é proibido por essas normas não poderia ser permitido pelo Direito Penal,³⁴⁸ pois uma mesma conduta não poderia ser considerada como valiosa por um ramo do Direito e desvaliosa por outro, se assim o fosse, um dos ramos haveria de ser interpretado de forma equivocada. Dessa forma, uma conduta que é tida como desvaliosa para o Direito Administrativo não poderia ser tida como valiosa pelo Direito Penal.³⁴⁹ Ela refere:

Por tanto la idea de que la infracción de normas administrativas o incluso de regulación prejurídica de una actividad (Lex Artis, reglas técnicas) sólo supone un indicio para la constatación de un injusto penal es solo cierta si se está pensando en que además tiene que comprobarse la gravedad suficiente que exige el injusto penal, pero no cuando se afirma que la infracción de tales normas puede ser un riesgo permitido en Derecho penal. Cuando un determinado riesgo ha sido prohibido por la normativa extrapenal necesariamente también ha de considerarse un riesgo no permitido por el Derecho penal. Ello no significa que la infracción de la normativa extrapenal suponga la realización de una acción penalmente típica, pero desde luego no podrá excluirse la tipicidad de la acción con el argumento de que se trata de un

³⁴⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 123.

³⁴⁶ Gil Gil refere o seguinte exemplo como forma de ilustrar o acima exposto: determina-se que a construção de um muro seja feita com determinados materiais e que tenha uma certa resistência; contudo, permite-se também a construção do mesmo muro com materiais de menor resistência desde que o mesmo seja construído com uma espessura maior. (GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007. p. 270.)

³⁴⁷ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

³⁴⁸ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 227.

³⁴⁹ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 271.

riego permitido, pues el ordenamiento ya ha realizado en estos casos la ponderación de intereses en contra del riesgo.

Es verdad entonces que la infracción de una norma extrapenal no determina la imprudencia penal pues el Derecho penal sólo castigará los injustos más graves, pero el cumplimiento de la norma de cuidado extrapenal tiene que determinar necesariamente la licitud de la conducta (...) por la coherencia del ordenamiento jurídico y para que el ciudadano pueda orientar su conducta conforme a las normas. Sólo es posible que el cumplimiento de la normativa extrapenal no de lugar a la licitud de la conducta si se trata precisamente de una situación atípica, no recogida o no regulada por esa normativa extrapenal, a la que no le es aplicable la cautela prescrita por la misma sino otra deducida de los criterios generales. En tal caso no es que el cumplimiento de la norma extrapenal suponga sin embargo una imprudencia penal, sino que la norma extrapenal no es la aplicable al caso y la norma de cuidado aplicable (no recogida expresamente por la normativa extrapenal) ha sido infringida. En cambio, para las situaciones expresamente reguladas el cumplimiento de la normativa extrapenal prevista expresamente para esas situaciones determina siempre la licitud de la conducta y por tanto también su atipicidad penal.³⁵⁰

Discordamos, no entanto, de Gil Gil, pois entendemos que as normas extrapenais e extrajurídicas não podem ser utilizadas como um critério para determinar quando um risco passará a ser considerado como proibido pelo Direito Penal, uma vez que risco é perigo, e, portanto, *desvalor* do resultado, pois o perigo não tolerado por uma esfera alheia à penal não possui o mesmo nível de gravidade que o perigo não tolerado na esfera penal.³⁵¹ Dessa forma, ao reconhecermos que o risco tido como proibido pelos ordenamentos extrapenais e extrajurídicos deve ser reconhecido como um risco proibido pelo direito penal, estaríamos admitindo que o risco permitido consiste em apenas um requisito formal, não possuindo qualquer conteúdo material, sendo, portanto, uma categoria desnecessária. Reconhecer que as normas alheias à esfera penal determinam o risco tido como proibido pelo Direito Penal, é afirmar que o risco proibido consistiria em uma mera violação de normas, e seria, portanto, elemento do *desvalor* da ação, e não do resultado, como se sustenta ao longo do presente estudo. Tal afirmação faz com que o risco proibido possa ser equiparado à lesão do dever de cuidado, e, portanto, reconhecida a sua completa desnecessidade na teoria do delito.

Sustentar que a mera obediência à norma seria suficiente para que um risco não possa ser reconhecido como proibido é incorrer nos mesmos equívocos daqueles que não admitem a análise dos conhecimentos e capacidades individuais do agente. Negar a importância

³⁵⁰ GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 275s.

³⁵¹ Martin afirma que ilícito nos crimes de perigo abstrato não pode ser visto simplesmente como a realização da ação descrita no tipo. Para além do preenchimento formal do tipo é necessário algo mais, algo que, ao lado da conduta, seja igualmente indispensável ao preenchimento do ilícito, algo que, enfim, possa justificar materialmente a punibilidade da conduta. Elemento este que, conforme o autor, pode ser encontrado na “criação de um risco de lesão ao bem jurídico protegido”. (MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. *Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 82s)

dos conhecimentos e das capacidades individuais do agente no momento de determinar a violação do dever de cuidado abre margem para inúmeras decisões injustas, uma vez que aquele que possui um conhecimento superior ao exigível pela norma não será punido na hipótese de um eventual resultado danoso; enquanto aquele que possui um conhecimento inferior ao exigível será punido, uma vez que a simples infração a qualquer norma extrapenal, por si só, já configuraria a criação de um risco proibido pelo Direito Penal.

Dessa forma, não podemos concordar com a autora, uma vez que acreditamos que o risco proibido consiste em um elemento do *desvalor* do resultado, sendo, assim, uma categoria autônoma. Além disso, entendemos que o risco permitido não pode ser visto apenas como um critério formal, sem qualquer conteúdo material. Entendemos, portanto, que o conteúdo material do risco permitido seria a ofensividade, uma vez que risco é perigo. Assim, para que possamos reconhecer um risco como proibido pelo Direito Penal não basta apenas que a conduta do agente viole uma norma,³⁵² seja ela penal, extrapenal ou extrajurídica; exige-se, ademais, no mínimo, uma possibilidade não insignificante de dano a um bem jurídico com dignidade penal, ou seja, uma ofensa de cuidado-de-perigo, de modo que se esta não estiver presente, não se pode falar em um risco proibido pelo Direito Penal.³⁵³

A existência de um bem jurídico com dignidade penal e a ofensividade seriam, portanto, os pilares do injusto penal. Dessa forma, por mais que muitas vezes a conduta do agente tenha infringido formalmente uma norma, dever-se-á, ainda, verificar se essa conduta cria um perigo, de fato, para o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, ou seja, se a conduta do agente possui conteúdo material, ou se se trata de uma mera infração formal. Se assim o for, o resultado não poderá ser imputado ao agente, pois o risco criado por ele não poderá ser reconhecido com um risco proibido pelo Direito Penal, em face da inofensividade da conduta. Assim, as normas, por mais que possuam um papel importante na determinação do nível do risco tido como permitido, teriam apenas um papel auxiliar na sua verificação quando se trata de Direito Penal, de modo que a sua infração significaria apenas um indício de que estaríamos

³⁵² Martin afirma que para fins de Direito Penal a infração à norma não se encontra em primeiro plano, mas sim o impedimento de uma lesão. Daí que, v.g., se há uma proibição de dirigir alcoolizado, a punição deve-se não à simples infração à norma, mas ao fato de que a condução de um veículo em circunstâncias que retiram a aptidão para tanto é perigosa para os demais usuários da via e para a propriedade alheia, em medida, diga-se, superior ao aceitável. Da mesma forma que um incendiário não é punido simplesmente porque começou um incêndio, mas em razão das conseqüências que daí podem advir. (MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. *Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989. p. 57)

³⁵³ D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. p. 81-104. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 99ss.

diante de um injusto penal,³⁵⁴ sendo necessário, ademais, verificar se a conduta do agente era dotada de ofensividade penal.

Faria Costa afirma, ainda, que a mera possibilidade de produção de um resultado não seria suficiente para caracterizar uma situação como perigosa, na medida em que a mesma não englobaria elementos suficientes para que se possa verificar se estamos diante de um perigo com relevância jurídico-penal. O autor refere:

Tem de partir-se, no mínimo, de uma ideia de que há uma *possibilidade relevante* para ser lícito, normativamente, ajuizar-se que estamos perante uma situação de perigo. É esta a situação mínima capaz de se assumir como centro gerador de um perigo relevante para o direito penal. O que torna possível dizer-se que há perigo sempre que, através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma fonte de probabilidade de o resultado desvalioso vir a desencadear ou a acontecer.

(...)

Por outro lado, a situação que comporta um desvalor de resultado de perigo (ou um desvalor de resultado de dano/violação) só ganha densidade axiológica no momento em que se envolve com o referencial que o bem jurídico representa. (...) Toda e qualquer situação é perigo em relação a um referencial: pressupõe, irrefragavelmente, um outro elemento. O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção de perigo tenha sempre de ser apreciada na contextualidade situacional. (...) Só a apreciação, em concreto, pelo intérprete-aplicador do circunstancialismo situacional é que torna verdadeiramente relevante a existência de uma situação perigosa.³⁵⁵

D'Ávila afirma que:

As regras regulamentadoras de atividades perigosas propiciam um padrão de análise para circunstâncias ideias, não podendo ser admitidas como limites absolutos para toda e qualquer conduta. A imensa variedade de circunstâncias concomitantes que podem concorrer para a criação do perigo de lesão ou da própria lesão acarretam, necessariamente, a admissão de um risco não permitido variável, flutuante, a ser avaliado em face das peculiaridades do caso concreto e aos ditames jurídicos aplicáveis, estes mormente no que diz respeito ao âmbito de proteção da norma. Como exemplo daqueles, podemos observar as hipóteses de “aumento do risco concreto” ou “diminuição do risco concreto”, em situações observadas sob condições especiais V.g., a condução de um veículo pesado durante chuva, neve ou gelo; ou a hipótese de um motorista alcoolizado, mas extremamente habilidoso, ser capaz de conduzir o seu veículo muito melhor que um principiante.³⁵⁶

Pode-se concluir, portanto, que por mais que as normas e demais critérios possuam uma certa relevância na determinação do risco, contribuindo para que se possa verificar se o

³⁵⁴ Nesse sentido concorda Roxin. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 326.

³⁵⁵ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 600s.

³⁵⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

perigo era permitido ou proibido, será apenas a contextualidade que nos dirá se estamos diante de uma situação de perigo.³⁵⁷ É apenas na análise da situação concreta que se poderá verificar a relação do perigo criado pelo agente com o bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Em razão disso, o julgador não deve se abster dessa análise e restringir a determinação do risco como proibido em face do desrespeito às normas, afinal para que se possa comprovar que havia perigo, deve ser possível determinar que a situação concreta comportava uma possibilidade não insignificante de ocorrência de dano.

³⁵⁷ Birencourt da Rosa afirma que “não há condições estatísticas ou normativas exatas para a caracterização do risco permitido, devendo, em cada agir comunicativo, ser consideradas o âmbito de proteção da norma e outras circunstâncias sociais determinantes do comportamento (...)”. (BITENCOURT DA ROSA, Fábio. Imputação no direito penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 4, nº 9, 2003. p. 38.)

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo traçar um panorama de como a doutrina tem entendido e tratado as questões que envolvem o risco permitido na teoria do delito. Ao longo deste estudo, buscamos esclarecer alguns aspectos acerca do instituto do risco permitido, bem como dos critérios a serem utilizados pelo julgador na análise do caso concreto para determinar se o risco criado pelo agente poderia ser admitido como permitido pelo Direito Penal.

Por todo o exposto, foi possível chegar às seguintes conclusões:

Capítulo 1:

- Apesar de parte da doutrina reconhecer que risco e perigo consistem em categorias diversas, entendemos que, para fins de imputação objetiva, risco e perigo devem ser reconhecidos como sinônimos. Nesse âmbito, perigo é o mesmo que risco de lesão ao bem jurídico; portanto, risco é perigo;

- Ainda que o posicionamento majoritário diga o contrário, sustentamos que o risco permitido deve ser reconhecido como uma categoria autônoma e de grande importância na teoria do delito, não podendo ser suprimido ou substituído por outra;

- Entendemos que o risco permitido, na sistemática da teoria do delito, deve ser considerado como elemento do ilícito-típico, o que, ao nosso ver, restou esclarecido com a criação da teoria da imputação objetiva de Roxin;

-Diferentemente do que grande parte da doutrina sustenta, entendemos que o risco proibido consiste em elemento do desvalor do *resultado*, uma vez que risco é perigo, e o perigo proibido nada mais é do que um estado anterior ao resultado de dano.

Capítulo 2:

- O princípio da adequação social, ainda que possa ser equiparado ao risco permitido, deve ser abandonado em razão da sua demasiada imprecisão. A diferença entre esses conceitos estaria na amplitude e na indeterminação do princípio da adequação, ao passo que o risco permitido consistiria em um critério muito mais preciso, dispondo de parâmetros de delimitação;

- O risco proibido e a lesão ao dever de cuidado não podem ser tidos como sinônimos uma vez que o primeiro consiste em *desvalor do resultado*, ao passo que o segundo consiste em *desvalor da ação*. O descuido consiste em uma característica da ação, não tendo

relevância para determinar se o risco criado pelo agente era permitido ou proibido. Portanto, o dever de cuidado incide em momento anterior ao risco permitido;

-O princípio da confiança possui importante papel na teoria da imputação objetiva não podendo ser rechaçado. Apesar de possuir o mesmo conteúdo que o risco permitido, o princípio da confiança tem como foco a atuação descuidada de terceiro, enquanto o risco permitido preocupa-se apenas com perigo criado pelo agente.

Capítulo 3:

- As normas penais consistem em um parâmetro válido para determinar o nível do risco tido como proibido pelo Direito Penal. Contudo, ainda que possuam hierarquia penal, deve-se verificar, para além da sua infração, se a conduta praticada pelo agente criou uma possibilidade não insignificante de dano, ou seja, se há ofensividade;

- As normas extrapenais, em que pese possuam uma certa importância, não podem ser consideradas em patamar equivalente às penais na determinação dos riscos tidos como proibidos pelo Direito Penal. Essas normas poderiam, sim, ser utilizadas como forma de valorar se o risco era permitido ou não, mas não podem ser utilizadas como critério para determiná-lo. Em outras palavras, a sua infração tem apenas um caráter indiciário. Para que seja possível determinar se o risco criado era proibido, deve-se realizar uma segunda análise. Essas normas não possuem, portanto, uma vinculação automática com a esfera penal, servem apenas como elemento de orientação ao julgador na avaliação do permitido. Assim, a violação de uma norma extrapenal é apenas um indício de que o risco criado pelo agente é proibido, devendo-se analisar, ainda, se o risco criou no mínimo uma possibilidade de ocorrência de dano, para que então de possa falar em imputação;

- Entendemos que as normas técnicas – ou extrajurídicas – não podem ser consideradas como critério para determinar o risco proibido pelo Direito Penal, uma vez que estas são emitidas por entidades privadas, as quais tem como objetivo na sua criação não a proteção de bens jurídicos de eventuais ofensas – como o Direito Penal -, mas, sim, interesses individuais e econômicos, o que vai de encontro com a finalidade do Direito Penal. Ademais, essas normas não podem incidir na esfera penal pois não possuem a mesma hierarquia que as normas penais, podendo ser alteradas com muita facilidade sem qualquer controle de constitucionalidade a seu respeito. Tecer tais críticas não significa dizer que as regras técnicas não sejam importantes e que devem ser completamente desconsideradas. Ao nosso ver, as regras técnicas devem servir como um indicador das condições mínimas de segurança que devem ser tomadas na prática de uma atividade, tendo, assim como as normas extrapenais, uma

função indiciária em relação ao risco proibido. Trata-se, pois, de um elemento de análise auxiliar;

- Quanto às soluções extra-normativas, entendemos que o critério de custo e benefício não deve ser levado em consideração para a determinação do risco permitido, uma vez que o mesmo reduz a análise do risco tolerado a uma equação matemática, inserindo em uma categoria normativa elementos naturalísticos, o que não nos parece adequado. Ademais, questiona-se se seria possível chegar a uma equação exata acerca dos custos e dos benefícios que cada atividade comporta. Muitas vezes os custos advindo da permissão de uma atividade são maiores que os benefícios. Isso, contudo, não é suficiente para que ela seja reconhecida como risco proibido;

- O homem médio, em razão da sua imprecisão e dos inúmeros problemas que apresenta, não deve ser considerado como critério para determinar o risco permitido, nem mesmo o dever de cuidado. Ao trabalharmos com um homem ideal dotado de um agir “padrão” deixamos de analisar o agente concreto responsável pela prática do fato. Trabalhar com situações e agentes hipotéticos e irreais não parece ser a melhor solução. O julgador deve se ater à análise do caso concreto, levando em consideração a situação em que o agente se encontrava, bem como as suas capacidades e os seus conhecimentos;

- Apesar das capacidades individuais do agente terem uma grande importância na teoria do delito, estas não devem ser objeto de análise no âmbito do risco proibido, uma vez que este consiste em *desvalor do resultado*, ao passo que elas dizem respeito ao *desvalor da ação*. Dessa forma, as capacidades individuais do agente não poderiam ser reconhecidas como critério para determinar o nível do risco admitido como permitido, sendo, no entanto, relevantes na determinação do dever de cuidado que impedia sobre o agente no momento da prática do fato, determinado, assim se houve ou não violação deste dever e, portanto, se há *desvalor da ação*;

- A previsibilidade também não pode ser considerada como critério para determinar o nível do risco tolerado pelo Direito Penal, pois grande parte dos riscos tidos como permitidos pelo Direito Penal comportam um perigo tão elevado que a eventual ocorrência de um dano se mostra previsível, o que não impede que tais riscos continuem sendo permitidos. Dessa forma a previsibilidade teria, sim, um papel importante na teoria do delito, não na determinação do risco permitido, mas na análise do dever de cuidado, relacionando-se, assim como no caso das capacidades individuais do agente, ao *desvalor da ação*, e não do resultado;

- Ainda que a conduta praticada pelo agente viole uma norma – mediante uma infração formal -, deve-se verificar, no caso concreto, se essa conduta cria efetivamente um

perigo, ou se consiste apenas em uma mera violação formal da norma sem qualquer conteúdo material. Se assim o for, o resultado não pode ser imputado ao agente, pois o risco criado por ele não poderá ser reconhecido com um risco proibido pelo Direito Penal, em face da inofensividade da conduta;

-As normas extrapenais e extrajurídicas não podem ser utilizadas como critério para determinar quando o risco passará a ser considerado como proibido pelo Direito Penal, uma vez que risco é perigo, e o perigo tolerado por uma esfera alheia à penal não possui o mesmo nível de gravidade que o perigo não tolerado na esfera penal. Assim, ao reconhecer que o risco tido como proibido pelos ordenamentos extrapenais e extrajurídicos deve ser reconhecido como um risco proibido pelo direito penal, estaríamos admitindo que o risco permitido consiste em apenas um requisito formal, não possuindo qualquer conteúdo material, sendo, portanto, uma categoria desnecessária. Reconhecer que as normas alheias à esfera penal determinam o risco tido como proibido pelo Direito Penal, é afirmar que o risco proibido consiste em uma mera violação de normas, e seria, portanto, elemento do *desvalor* da ação, e não do resultado. Tal afirmação faz com que o risco proibido possa ser equiparado à lesão do dever de cuidado, e, assim, reconhecida a sua completa desnecessidade na teoria do delito;

- O risco permitido não pode ser reconhecido como um critério meramente formal, uma vez que a infração de uma norma pura e simplesmente não faz com que o perigo criado pelo agente já tenha relevância penal. Faz-se necessário constatar se o perigo criado por ele gere, ao menos, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo. Ou seja, o risco permitido possui, sim, conteúdo material, que seria, ao nosso ver, a ofensividade;

- Assim, por mais que as normas e demais critérios possuam uma certa relevância na determinação do perigo, contribuindo para que se possa verificar se o perigo era permitido ou proibido, será apenas o contexto que nos dirá se estamos diante de uma situação de perigo. É apenas na análise da situação concreta que se poderá verificar a relação do perigo criado pelo agente com o bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima de. *Causalidade e imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.
- ANDREAS HOYER, Kiel. Riego permitido y desarrollo tecnológico. In: *Revista de Derecho Penal*. V. 2, 2010. p. 233-258.
- ANGARITA, Andrés Eduardo Berdugo; BLANQUICET, Manuel José Cadrazco et al. La imputación objetiva en el derecho disciplinario. In: *Derecho Penal y Criminología*. V. 34. N. 97, 2013.
- ARTICO, Juan Cruz. *El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación*. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42070.pdf>>. Acesso em: 04 de jul. de 2017.
- BARREIRA, Jorge. Teoría de la imputación objetiva del resultado. In: *Revista de Derecho*. N. 12. Ano VI, 2007. P. 07-24.
- BITENCOURT DA ROSA, Fábio. Imputação no direito penal. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 4, nº 9, 2003.
- BORRALLO, Enrique Anarte. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Estructura. Relaciones y perspectivas. Huelva: Universidad de Huelva, 2002.
- BURKHARDT, Björn. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la “Confusión entre o subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Imputación objetiva*. (Cuestiones metodológicas y sistemáticas). Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/5_imputacion-objetiva.pdf>. Acesso em: 08 de jul. de 2017.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Imputación objetiva y bien jurídico. In: *La ciencia penal en el Umbral de Siglo XXI*. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001.
- CABRERA, Denis Adán Aguilar. Prolemática en la configuración del tipo penal culposo. In: *Derecho y Cambio Social*. Ano 12. N. 42, 2015.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 08 de julho de 1997.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. In: *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*. Fasc. II, 1993.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. 1996: vol. 2 (3).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia. In: *Actualidad Penal*. 27/48, v. 2, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 164.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Responsabilidad penal por accidentes laborales: riesgo permitido y autopuesta en peligro. In: *Cuadernos de política criminal*, n. 82, 2004. p. 5-18.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*. N. 13, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo I. Barcelona, Junior, 1988.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. Barcelona: Junior, 1988.

CODERCH, Pablo Salvador; CRENDE, Antonio Fernández. Causalidad y responsabilidad. In: *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2006.

CÓRDOBA, Fernando. Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 3, 2015.

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Según el nuevo Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso se riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objetiva em Direito Penal. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989

DAL DOSSO, Dario Aberto. *Teoría de la imputación objetiva*. Outubro/Novembro de 2011. 85f. Dissertação (Mestrado). Universidade de Mendoza. República da Argentina, Novembro de 2011.

DAVID, Marília Luz. Sobre os conceitos de risco em Luhmann e Giddens. In: *Revista Eletrônica dos Pós Graduandos em Sociologia Política da UFSC*. V. 8, n. 1, jan./jul., 2011.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. p. 81-104. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 74.

D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 24, n. 121, jul. 2016.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: Edipucrs, 2016.

DE LA CRUZ, Alex van Weezel. Parametros para el enjuiciamiento de la infraccion al deber de cuidado en los delitos imprudentes. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 26. N. 2, 1999.

DÍAZ ARANDA, Enrique; CANCIO MELIÁ, Manuel. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

DREHER, Mathis. *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*. Aachen: Shaker Verlag, 2003.

ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamentos y consecuencias dogmáticas. In: *Revista de derecho penal y criminología*. N. Extra 1, 2000.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 2, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FLORES, Beatriz Romero. La imputación objetiva en los delitos imprudente. In: *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. N. 19, 2001.

FRISCH, Wolfgang. Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOOTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai. 2001*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2001.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. p. 193-280. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000. p. 19-69.

FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Editorial COLEX: Madrid, 1995.

GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, v. 14, 2006. p. 37-88.

GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007.

GIL GIL, Alicia. Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva. In: *Estudios penales y criminológicos*. N. 24, 2002-2003. p. 375-403.

GIL GIL, Alicia. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia, Bosch, Barcelona, 2001. In: *Revista de derecho penal y criminología*. 2ª Época. N. 16, 2005. p. 347-377.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. In: *Nuevo Foro Penal*. V. 10, n. 82, 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Qué es la imputación objetiva? In: *Estudios penales y criminológicos*. N. 10, 1985-1986. p. 167-186.

GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del injusto imprudente*. Doctrina general y regulación legal. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 58, v. 14, 2006.

GRECO, Luis. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUIRAO, Rafael Alcácer. El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. n. 2, Mayo-Agosto, 1996. p. 473-508.

HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental. In: *Revista para el análisis del derecho*. N. 1, 2016.

HONIG, Richard. Kausalität und objektive Zurechnung. In: *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. 2007, (4).

HOYER, Andreas. Risco permitido e desenvolvimento tecnológico. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 3, v. 20, 2010. p. 347-374.

HSÜ, Yü-hsiu. Die objektive Zurechnung in Taiwan. In: SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOOTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai. 2001*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 44. Fasc/Mes 2, 1991. p. 493-514.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Omedo Cardenete. Granada, Diciembre, 2002.

KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado. In: *Revista de Estudios de la Justicia*. N. 22, 2015. p. 15-29.

KINDHÄUSER, Ürs. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Tres estudios. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2007.

KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva. In: *Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4, 2008.

KINDHÄUSER, Ürs. Incremento del riesgo y misminuición del riesgo. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic. *Factoring risk into environmental decision making*. Disponible em: <<http://emerald.tufts.edu/~skrimsky/PDF/Factoring%20Risk.PDF>>. Acceso em: 04 de jul. de 2017.

KORIATH, Heinz. *Kausalität und objektive Zurechnung*. Baden-Baden: Nomos, 2007.

LARRAURI, Elena. Introducción a la imputación objetiva. In: *Revista Nuevo Foro Penal*. N. 46, 1989. P. 220-248.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. In: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, v. LVIII, 2005.

LYNETT, Eduardo Montealegre. La culpa en la actividad medica: imputación objetiva y deber de cuidado. In: *Revista Chilena de Derecho*. V. 14. N. 2/3. Mayo-diciembre, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996.

MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del derecho penal. Marcelo A. Sancinetti (traducción) Universidad Externado de Colombia, 1996.

MALAMUD GOTI, Jaime E. El riesgo permitido en el derecho penal. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. ¼, v. 1, 1978. p. 735-748.

MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung*. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Eds. De Derecho Reunidas, 1992.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. V. 1. Tradução da 7 ed por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. V. 2. 7 ed. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Editoria Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

MECKEL, Fritz. *Die strafrechtliche Haftung für risikante Verhaltensweisen*. Giessen, Univ., Diss., 1968.

MEJÍA, Enrique Ramos. El derecho penal y la acción socialmente adecuada. In: *Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*. v. 3, 1974. p. 181-190.

MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. In: *Revista de derecho penal y criminología*. N. 9, 2ª época, 2002.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). N. 05, 2003. p. 01-19.

MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, nº 56, set.-out., 2005.

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luiz. *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas, Venezuela: Livrosca, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

OTTO, Harro. La adecuación social como principio de interpretación. In: *Revista de derecho penal y procesal penal*. n. 10, 2012.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de derecho penal económico. In: *Revista de derecho y proceso penal*. Nº. 12, 2004.

PELÁEZ MEJÍA, José María. Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. In: *Revista Prolegómenos*. Derechos y Valores. V. 19. N. 37, 2016.

PHILIPPS, Lothar. *Der Handlungsspielraum*. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1974.

PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota. *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*. 2010. (338f). Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo <<objetivo>> y lo <<subjetivo>> en el tipo penal*. Hacia la <<exteriorización de lo interno>>. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014.

PREUSS, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Srafrecht*. Duncker & Humblot: Berlin, 1974.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*. dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtssprechung. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

RAUSELL, Pedro Castellano. *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 2002.

RECHE, Esteban Sola. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. T. 47. N. 1, 1996.

REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 27, v. 7, 2007.

REYES ALVARADO, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 43. Fasc./Mes 3, 1992. P. 993-968.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005.

REYES ROMERO, Ítalo. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. In: *Revista Ius et Praxis*. Año 21, n. 1, 2015. P. 137-170.

ROEDER, Hermann. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechsaufbau*. Duncker & Humblot: Berlin, 1969.

ROMERO FLORES, Beatriz. La imputación objetiva de delitos imprudentes. In: *Anales de Derecho*, nº 19, 2001.

ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. In: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, 1989. p. 749-769.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. n. 12, v. 7, 2001. p. 81-94.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. In: *Revista Penal*. n. 9, 2002.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Exemo. Sr. Bacigalupo Zapater). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, n. 7, 2001.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. In: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N. 4, 2009.

RUESTA, Róger Yon. Reglas técnicas como elementos cualificantes del delito imprudente en el ámbito del tráfico rodado. In: *THEMIS. Revista de Derecho*. N. 68, 2015. p. 41-51

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 100

años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

SCHÜRER-MOHR, Wiebke. *Erlaubte Risiken*. Grundfragen des “erlaubten Risikos” im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik. Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1998.

SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. In: *Novos Estudos Jurídicos*. V. 14, n. 2, 2009.p. 233-250.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. “Aberratio Ictus” e imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 37, fasc./ mes 2, 1984.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Informa sobre las discusiones. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Civitas Ediciones, S.L.: Madrid, 2000.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco*. Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objetiva em direito penal. Lisboa: AAFDL, 2007.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Thomson, Civitas, 2000.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TERREROS, Felipe A. Villavicencio. La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. In: *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. N. 60, 2007. p. 253-279.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 33. Fasc/Mes 1, 1980. p. 79-92.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. N. 1, v. 27, 1974.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986. p. 33-48.

VARELA, Lorena. Un esbozo sobre los modelos de la racionalidad humana en el juicio de imputación del tipo penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N. 19, 2017.

VARGAS PINTO, Tatiana. La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. In: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 17. N. 2, 2010. P. 99-132.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Parte General. 11 ed. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 3. ed. rev. ampl. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Aspectos fundamentais. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. p. 31- 89. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal*. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

WOLTER, Jürgen. Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichungen“. In: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen. *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin. Heidelberg: C.F. Müller Juristisches Verlag, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La adecuación social de la conducta. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*: Argentina. n. 1, 1971.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad