

Anotações sobre as categorias do chamado risco permitido

Notes on the categories of the so-called allowed risk

Artigo recebido em 29/10/2023 e aprovado em 14/11/2023.

Rodrigo Amaral

Doutorando e mestre em direito penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo

Nem toda conduta perigosa ao bem jurídico está proibida pelo ordenamento jurídico, sendo essa a *ratio* do chamado risco permitido. O presente artigo versa sobre as categorias desse instituto, possuindo, a rigor, três momentos: analisar se o termo risco *permitido* é o mais adequado; verificar como os critérios sobre a valoração jurídica do risco criado aparentam possuir determinados padrões de relação e os eventuais porquês de isso ocorrer; refletir sobre a fundamentação da ideia e a insuficiência da opinião dominante – consistente na ponderação de interesses – quanto ao tema.

Palavras-chaves: dever de cuidado; princípio da confiança; comportamento típico; risco permitido; teoria da imputação objetiva.

Abstract

Not all conduct that is dangerous to the legal good is prohibited by the legal system, and this is the ratio of the so-called allowed risk. This paper deals with the categories of this institute, having, in general, three moments: analyze whether the term allowed risk is the most accurate; verify how the criteria for the legal valuation of the risk created appear to have certain patterns of relation and the possible reasons why this occurs; reflect on the foundation of the idea and the insufficiency of the dominant opinion – consisting in the weighing of interests – on the subject.

Keywords: duty of care; principle of trust; typical behavior; allowed risk; objective imputation theory.

1 Introdução

O legado do prof. Luís Greco para a filosofia e a ciência do direito penal é de inegável importância. Aos 46 anos, o docente já possui uma obra de tamanha amplitude que o coloca dentro dos grandes nomes do direito penal tanto nacional quanto internacionalmente.

Entre os inúmeros temas de direito penal que contam com a fundamental contribuição do prof. Greco, decerto a imputação objetiva é um dos principais. São inúmeros os trabalhos – muitos deles mencionados ao longo do texto – sobre o tema, em diversas línguas, produzidos pelo hoje professor catedrático da *Humboldt Universität zu Berlin*. Por exemplo, todo estudante brasileiro que deseje entender sobre imputação objetiva perde muito se não estudar por meio do conhecido "*Um panorama da teoria da imputação objetiva*".

Em homenagem ao *mestre*, abaixo seguem algumas reflexões acerca de um dos principais temas da teoria da imputação objetiva: a valoração jurídica de um risco criado ou incrementado no nível do desvalor da conduta.

2 Definição do objeto

Nos delitos de resultado, toda ação típica é objetivamente perigosa ao bem jurídico, mas nem toda ação perigosa está abarcada pelo tipo penal. Essa é a *ratio* da ideia de *risco permitido*.

Toda ação típica deve ser objetivamente perigosa ao bem jurídico, resumidamente, por duas razões principais. A primeira delas reside na ideia de proteção de bens jurídicos: não faz sentido proibir condutas que de início já não são perigosas pelo objeto tutelado pelo tipo penal (Greco, 2014, p. 35-38). É dizer: se o crime de homicídio (art. 121,

CP) tem como objeto a vida humana, condutas não perigosas à vida já não podem, *ab initio*, ser objeto da proibição que decorre do tipo penal. A rigor, teríamos uma proibição que sequer atenderia às exigências do princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso (*Übermassverbot*)¹ (Greco, 2014, p. 57-58).

A segunda delas é de natureza fenomenológico-descritiva: do tipo penal “matar alguém” decorre a norma de conduta “não mate” e esse comportamento proibido pressupõe o resultado: matar é, de algum modo, produzir a morte de alguém. Entretanto, o resultado não vem instantaneamente: os delitos de resultado caracterizam-se justamente pela existência de uma distância espaço-temporal entre comportamento humano e resultado típico. Desse modo, a norma de conduta, para fazer sentido, tem que considerar esse elemento: no momento da ação ainda não há resultado, ocorrendo, no máximo, a realização ou não de uma conduta apta a produzi-lo. Uma conduta, portanto, *perigosa ou não* ao bem jurídico. Além disso, a própria punibilidade da tentativa já demonstra que a norma de conduta tem na conduta perigosa o seu centro de gravidade.

Entretanto, conforme dito, nem toda conduta perigosa à vida pode estar contida na proibição de matar do art. 121, CP (Greco, 2014, p. 50). Afinal, se assim fosse, a rigor, haveria uma abundância de comportamentos típicos do cotidiano que estariam abarcados na proibição de matar alguém: meios de transporte, de produção de energia, esportes (mais ou menos arriscados), cirurgias e outras atividades laborais são alguns dos possíveis exemplos. Tais hipóteses deixam claro que proibir em absoluto toda e qualquer ação perigosa significaria uma insuportável e quase-absoluta restrição à liberdade de ação em si mesmo, conforme corretamente aduz Frisch (2004, p. 86-87). Segundo opinião amplamente admitida, tais são as hipóteses do chamado *risco permitido*.

Este estudo homenageando o professor Greco constitui-se, resumidamente, de três momentos: primeiro, tecer considerações sobre a nomenclatura adotada pela opinião dominante, verificando se essa questão, *a priori* meramente linguística, pode ter consequências no desenvolvimento de critérios de imputação; segundo, verificar como esses critérios aparentam possuir determinados padrões de relação e os eventuais porquês de isso ocorrer; terceiro, refletir sobre a fundamentação da ideia e a insuficiência da opinião dominante quanto ao tema, algo que já foi observado anteriormente pelo próprio Greco (2014, p. 52-58), mesmo que mais moderadamente.

3 Risco permitido?

Conforme explica Greco (2014, p. 70), risco permitido é um conceito formal, que exprime a ideia de que, por alguma razão, o ordenamento jurídico não desaprova aquela conduta, apesar de ela ser perigosa para o bem jurídico tutelado no tipo penal. Portanto, ninguém será absolvido “porque a sua conduta criou um risco permitido”, mas sim, pois “o ordenamento jurídico não desaprova essa conduta em razão de X e, portanto, ela cria um risco permitido”. Destarte, dizer que uma conduta cria um risco permitido não será o fundamento do raciocínio, mas simplesmente a sua conclusão.

É preciso, no entanto, refletir sobre o significado do termo *risco permitido*. *Permitir* significa possibilitar, conceder, dar poder, liberdade ou licença para algo. Só permite quem tem o poder de veto; sem esse poder, não há que se falar que algo está permitido. Não faria sentido dizer, por exemplo, “eu permito que um vulcão entre em erupção” ou “eu permito que um furacão se forme”; fenômenos naturais ocorrem independentemente da vontade humana, não precisando, portanto, da nossa *permissão*.

Decerto essa não será a mesma relação entre Estado e cidadão. A rigor, há uma gama bastante reduzida de indivíduos que teriam meios capazes de resistir ao poder estatal. Nesse sentido de *poder*, seria adequado falar em simples permissões; todavia, se se tratar da *legitimidade do exercício do poder*, esse panorama muda. Afinal, permissões, em um sentido meramente descritivo, são dadas até mesmo por organizações criminosas que exerçam domínio fático em determinado território. Aqui se impõe, portanto, o questionamento feito primeiramente por

¹ Sobre o conteúdo do princípio e seus três filtros (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), cf. ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112-127, com a ressalva de que o professor aqui homenageado traduz diversamente o primeiro filtro (idoneidade) em GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 135-138, inclusive adotando o princípio para um problema que ele considera ser de imputação ao tipo objetivo. Para verificar o caráter de princípio constitucional não inscrito da proporcionalidade, cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201-202.

Agostinho n'A *Cidade de Deus* e replicada por Greco (2015, p. 114) em sua tese doutoral: o que diferencia o Estado de uma gangue de ladrões?

Em um modelo de *Estado de Direito* material que possua na ideia de dignidade humana um pilar fundamental (art. 1º, III da Constituição de 1988), um poder estatal irrestrito seria, no mínimo, dificilmente justificável e, no máximo, simplesmente intolerável. O poder estatal, afinal, é exercido em nome dos indivíduos que se encontram no seu âmbito de alcance (Greco, 2015, p. 115); ou seja, é exercido justamente sobre aqueles em nome dos quais se exerce em primeiro lugar.

Nesse ponto, em alguns âmbitos, o Estado também possui deveres de não intervenção. O próprio Greco (2014, p. 56), por exemplo, fala em certo núcleo de liberdade que cada cidadão possui e que deve ser livre de qualquer ingerência estatal. Para citar outro exemplo, Renzikowski (2017, p. 32) afirma, corretamente, que os direitos subjetivos não são meras benesses de um Estado soberano, mas espaços de exercício autorresponsável da própria vida, livres de quaisquer exigências sociais.

Defender simplesmente que o Estado permite a produção de certos riscos implica em dizer que o mesmo Estado poderia não permitir se assim achasse socialmente conveniente. Um exemplo foi o chamado “julgamento do jardim da frente” (*Vorgarten-Urteil*), pelo Tribunal do Império alemão (*Reichsgericht* – RG), em 1931.² Ali, condenou-se um motorista que, trafegando em uma velocidade entre 20 e 25 km/h, atropelou uma menina de 13 anos que saiu repentinamente de trás de um ponto cego do jardim de uma casa. O motorista somente conseguiu avistar a menina quando ela estava muito próxima da rua, visto que a entrada do jardim ficava bem próxima do início da calçada; desse modo, o motorista não teve tempo suficiente para impedir o acidente. Entendeu o RG que o motorista tinha a obrigação de contar com a hipótese abstrata de que qualquer pessoa poderia sair do ponto cego e repentinamente cruzar a rua, diante da curta distância entre a entrada do jardim e a via.

Estava, à época, consagrado um *princípio da desconfiança* em nome da segurança do tráfego rodoviário. Na ponderação entre um interesse geral de liberdade e a proteção do bem jurídico, vencia, portanto, a segunda. Somente uma concepção de Estado que tudo *permite* justificaria uma restrição tão grande na liberdade de agir das pessoas.

Parece intuitivamente correto que, em muitos âmbitos, haja justificadas permissões estatais. Fiquemos com o exemplo das regras de trânsito. Sinalizações, limitações de velocidade, definição do sentido da via, identificação dos automóveis por meio de placas e obrigatoriedade de ligar faróis para auxiliar na visibilidade são exemplos de regulações estatais legítimas. São regulações que, em uma primeira perspectiva purista, representariam simples intervenções na liberdade de agir das pessoas. Entretanto, são medidas que regulam e gerenciam riscos, trazem algum grau de previsibilidade e, sobretudo em tempos de elevado uso de automóveis, viabilizam a atividade em si. Fazendo uma ponderação ampla, é possível verificar que elas trazem muito mais benefícios, quando corretamente aplicadas.

Por outro lado, se fosse aprovada uma lei proibindo o transporte rodoviário, ela dificilmente seria vista como legítima. Equivaleria a transformar bens de milhões de brasileiros em inúteis carcaças metálicas. O Estado, portanto, pode regular *como* utilizar veículos automotores, mas não tem a legitimidade de determinar em absoluto *se* o cidadão pode tê-los e usá-los. O Estado também não pode, em nome da segurança viária, obrigar que certos agentes tenham que contar com o imprevisível. A ponderação e, portanto, o *âmbito do poder legítimo de permissões estatais*, possuem limites.

Portanto, há riscos permitidos e riscos sobre os quais o poder estatal não tem a legitimidade de intervir. De modo a englobar todas as hipóteses, seria mais preciso falar em risco juridicamente aprovado, risco juridicamente não desaprovado ou até mesmo risco não proibido, para abranger ambas as espécies.

² Para um panorama do histórico do desenvolvimento do princípio da confiança no direito penal alemão, ver SIQUEIRA, F. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 39-61.

4 A ideia de homem prudente como metacrítério do desvalor da conduta

Dos tradicionais e, geralmente aceitos critérios para análise do desvalor da conduta, a figura da medida de cuidado objetiva talvez seja aquela cujo conteúdo é o mais debatido. O próprio Greco (2014, p. 67-70) elenca uma série de modelos distintos: o recurso à figura do homem prudente por ele defendida, a perspectiva do autor concreto, o emprego de regras de experiência etc. Em âmbito nacional, a ideia de homem prudente vem tendo ampla aderência.³

Tavares (2016, p. 308-316), no entanto, opõe-se à figura do homem prudente, defendendo a sua substituição por critérios baseados na experiência geral de vida. Para o autor, a figura não seria nada mais do que uma sofisticação da ideia de homem médio da teoria causal, a qual, nas suas palavras, não possui fundamento científico. A figura do *homo medius* – e, por consequência, a de homem prudente – não seria constituída de nada mais, nada menos do que do subjetivismo do seu intérprete – no caso, o julgador. Violaria, ademais, o princípio da legalidade, pois criaria, isoladamente do que preceitua o tipo, um padrão de conduta nele não descrito, o que extrapolaria a tipicidade. A figura seria também inerentemente ligada e dependente de considerações normativas do tipo “um motorista prudente sempre respeitaria o limite de velocidade” e, nesse sentido, seria tautológica (“prudente será aquele que não é imprudente em face da norma”).

Essas críticas estão, no geral, equivocadas. A uma, simplesmente dizer que a ideia do homem prudente seria mera sofisticação da figura do homem médio não permite transferir as críticas direcionadas à última também à primeira. Não é preciso de nenhuma teoria complexa para concluir que, diante da pluralidade de valores, capacidades, preferências e objetivos humanos, a ideia de homem médio teria que excluir tantas qualidades humanas que dificilmente teria um conteúdo concreto. Não é possível traçar a média dos tipos de indivíduos existentes e qualquer tentativa nesse sentido tenderia a uma caricatura que dificilmente corresponderia a um ser humano de carne e osso. A ideia de homem prudente, por outro lado, não enfrenta esse problema: prudente é aquele visto como cauteloso, sensato, cuidadoso. O leitor decerto conhecerá (ou, ao menos, poderia conhecer) alguém que poderá adjetivar como uma pessoa *prudente*; mas dificilmente pensará em alguém que corresponda à ideia de homem médio. E, se pensar em algum “homem médio”, provavelmente não entenderá muito bem por quê. Assim, as críticas sobre a deficiência científica ou a indeterminação da ideia de homem médio não podem ser transferidas à figura do homem prudente a pretexto de esta supostamente ser um refinamento daquela.

Em segundo lugar, aduzir que a figura do homem prudente viola a legalidade por criar um padrão de conduta “a par da realidade típica” está, a rigor, incorreto. Da mesma forma, a assertiva de que a figura representaria uma simples tautologia. Essas duas afirmações partem de uma compreensão da figura que quase nenhum de seus defensores de fato defende. Não se trata de uma simples verificação acerca de uma conduta ideal imaginária ou de um padrão de comportamento a par da realidade.

O que ocorre é que, conforme corretamente apontado por Greco (2018b, p. 57-58) noutra sede, razões naturalmente extrapolam a situação concreta examinada, possuindo, assim, algum grau de generalização. Mas isso não significa ignorar a situação concreta examinada. Pelo contrário: a ideia é justamente verificar se, no caso examinado, o indivíduo atendeu às exigências de comportamento da norma prevista no tipo penal. E, ao verificar isso, fica implicitamente constatado que, sempre que os mesmos padrões estiverem presentes em outros casos, a conclusão pela imputação ou não será a mesma. Não se trata nem de utilizar um padrão alheio ao caso concreto, muito menos de reduzir o padrão de cuidado ao mero atendimento ao regramento extrapenal, o que ficará mais claro para o leitor ao longo do texto.

Prudência e imprudência são conceitos antagônicos. Se o leitor consultar um dicionário, verificará que provavelmente “imprudente” será conceituado como aquele que “não é prudente”, que é “descuidado”, “irrefletido”, “precipitado”. O homem prudente é aquele indivíduo cuidadoso, diligente; é, pela lógica das coisas, alguém que

³ Além de Greco, defendem a figura, por exemplo, BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80; FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 220-222; e SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

não seja imprudente. Isso não pode ser confundido com uma mera tautologia. Buscar critérios para definir que um indivíduo foi cuidadoso em um determinado caso nos levará a uma conclusão que, por definição, elimina a hipótese antagônica. Isso não será tautológico na medida em que for uma mera consequência natural de uma argumentação anterior, e não parte dessa argumentação.

A ideia de homem prudente não é um simples critério do desvalor da conduta que seja alheio, independente ou que somente interaja com os demais. É, na realidade, *a lente pela qual todos esses critérios serão visualizados*. É a balança que sopesa que nuances do caso analisado devem prevalecer a favor ou contra a imputação. É uma ideia que, *prima facie*, não nos diz nada sem verificar os detalhes do caso concreto. É algo que precisa de uma complementação e essa será, justamente, o recurso às *regras da experiência*, de acordo com os dados que estavam disponíveis ao agente no momento de sua conduta (perspectiva *ex ante*).

Tavares (2016, p. 315) diria que, se colocarmos o homem prudente nas circunstâncias do indivíduo concreto, não estaríamos mais medindo o cuidado a partir da perspectiva do homem prudente, mas do próprio autor concreto e que todo *subjetivismo* deveria ser eliminado do processo de imputação. A questão do subjetivismo já foi dita linhas acima. É preciso, aqui, esclarecer o porquê de, ao contrário da crítica, a figura do homem prudente permanecer necessária no processo de imputação.

A ideia, pela primeira vez posta na doutrina alemã, acerca de uma figura de medida objetiva (*objektive Maßfigur*), é parte do conhecido método da *prognose póstuma objetiva*. Ela fundamenta-se justamente no fato de que é preciso ter parâmetros objetivos mínimos para evitar o subjetivismo e possibilitar critérios isonômicos e gerais. Mas não só isso, parte-se da ideia de que há um conjunto de valores basilares e objetivos que sempre correspondem a certo dever de cuidado com o bem jurídico. Mais ainda: é dizer que certos tipos de conhecimento são tão básicos que não é preciso questionar, a cada novo caso, se o indivíduo concreto tinha condições de acessar aquele dado da realidade. É somente verificar se o dado estava de fato acessível ao agente no momento da conduta. Isso porque há certos aprendizados que fazem parte de um processo normal de socialização, educação ou simples obtenção de experiência pelo amadurecimento e, por isso, não é preciso questionar se aquele indivíduo tinha condição de compreender como aquele dado influenciava para o panorama dos possíveis riscos de sua conduta. Isso seria simplesmente um inútil gasto de energia.

São dados que se, por alguma excepcional contingência da vida, aquele indivíduo concreto não tinha condições de compreender ou se essas condições eram reduzidas, isso não influenciaria na constatação de que ele praticou uma ação descuidada com o bem jurídico tutelado pelo tipo. No máximo, seria algo a se debater e valorar na culpabilidade. É basicamente dizer: se um indivíduo causa um dano que, a partir dos dados que lhe eram acessíveis no momento de sua conduta, era objetivamente impossível para um homem prudente ordinário antever, ninguém falaria que essa pessoa praticou uma *conduta descuidada* com o bem jurídico. Por outro lado, no caso de uma excepcional incapacidade de compreensão do agente sobre os dados que lhe eram acessíveis, se esses dados forem de simples entendimento para pessoas sem capacidades ou conhecimentos excepcionais, subsiste a constatação de que aquele indivíduo *praticou uma conduta descuidada com o bem jurídico*. São dados cuja compreensão é tão básica que, se aquela pessoa específica realmente não os compreendia, é algo tão excepcional que já seria de questionar até mesmo a sua imputabilidade, a depender da hipótese. Se o indivíduo em questão realmente não era capaz de entender o perigo da situação e essa falta de compreensão, além de não decorrer de inimputabilidade, advir de circunstâncias que não permitam que o ordenamento jurídico exija algo diverso daquela pessoa, tem-se aqui um bom debate para o nível da culpabilidade. Essa, inclusive, é uma posição consolidada na antiga doutrina do crime culposos, aqui personificada no exemplo de Frago (1995, p. 221), que dizia que a *previsibilidade objetiva* é um elemento do tipo penal, enquanto a *previsibilidade subjetiva* é uma questão de culpabilidade.

A partir dessa compreensão, torna-se natural, inclusive, a questão dos *conhecimentos especiais*. Aquele indivíduo que possui conhecimentos que extrapolam o âmbito do acessível ao leigo, isto é, que sabe mais do que saberia o nosso homem prudente objetivo, tem condições superiores de agir com cuidado perante o bem jurídico. Conforme pontuado por Greco (2005, p. 534-535), o direito – e, consequentemente, o direito penal – opera com uma linguagem prescritiva, isto é, em todo tipo penal subjaz implicitamente um comando normativo. Nesse contexto, a consideração de conhecimentos especiais não constitui uma injustificada exceção ao tipo objetivo. Só seria assim se se considerasse que o direito opera com um sistema meramente classificatório, o que está – ou deveria estar –

superado desde ao menos o fim do naturalismo. Somente em um sistema classificatório-formal a consideração de dados subjetivos no tipo objetivo seria um empecilho⁴ e, por isso, essa tese deve ser afastada.

Se um indivíduo tem condições superiores para compreender um dado que não é comum para a maioria entender, isso significa que a ele o comando normativo naquele momento está acessível, o que não ocorreria para a maioria das pessoas. Ou seja, quem tem conhecimentos superiores interage com o comando normativo de uma forma que quem não possui esse conhecimento não tem condições de fazer. Constitui uma excepcionalidade que influencia na valoração jurídica do comportamento daquele indivíduo. Destarte, se o indivíduo, apesar desse conhecimento, opta por ainda assim praticar a ação perigosa ao bem jurídico, ninguém dirá que ele não realizou uma conduta descuidada simplesmente pelo fato de que o dado em questão não era acessível ao homem prudente objetivo.

Assim, a ideia de homem prudente estará invariavelmente presente na valoração jurídica do perigo criado. Em resumo, é questionar: munido dos dados cognoscíveis no momento da conduta do agente (com a adição de eventuais conhecimentos especiais), à luz das regras de experiência que influenciam na valoração daquele comportamento perigoso e considerando, eventualmente, o princípio da confiança e regras extrapenais que regulam a atividade em questão, o que faria uma pessoa prudente naquelas circunstâncias?

5 Breve excuro: a norma de comportamento como ponto de partida da imputação

O que foi defendido no item anterior impõe a necessidade de tecer algumas linhas sobre a natureza da norma penal e como ela tem influência até mesmo em algumas questões intuitivas. Como dito, de todo tipo penal é possível verificar uma norma de conduta correspondente. Por exemplo, no delito de homicídio (art. 121, CP), cujo tipo descreve a conduta de “matar alguém”, a norma de comportamento, em linhas gerais, prescreve: “não mate” ou “não deves matar”. Entretanto, os delitos de resultado caracterizam-se pelo fato de que *entre conduta e resultado há uma distância espaço-temporal*. Desse modo, o resultado não decorre de forma necessária e instantânea da conduta; caso contrário, nem faria sentido falar na hipótese de tentativa. Assim, a rigor, a norma de comportamento mínima contida no art. 121, CP, antes descrita simplesmente como “não mate”, na realidade seria expressa de forma mais precisa da seguinte maneira: “não crie ou incremente um perigo à vida alheia”.

Mas, ainda assim, a norma ainda não está perfeitamente descrita; afinal, foi dito linhas acima que o ordenamento jurídico não proíbe, nem poderia proibir, quaisquer condutas perigosas. Somente certas condutas perigosas, isto é, aquelas juridicamente desaprovadas, são objeto da proibição. Destarte, a norma jurídica contida no delito de homicídio pode ser assim descrita: “não crie ou incremente um perigo juridicamente desaprovado à vida alheia”, que não é exatamente um sinônimo, mas contém a seguinte norma: “não crie ou incremente um perigo violador de um dever de cuidado à vida alheia”.

A partir dessa perspectiva, fica ainda mais claro o incômodo com a antiga concepção naturalista de que a tipicidade se esgotava na causalidade. Somente causar uma morte – no sentido mais geral de ser antecedente causal – não é o único requisito que permite constatar a violação da norma de comportamento do homicídio. No clássico exemplo dos pais que concebem uma criança que anos depois vem a matar alguém – e, portanto, são antecedentes causais da morte –, o naturalismo contraria a lógica ao relegar a solução à ausência de culpabilidade. Esse é o tipo de situação em que, na prática, sequer se cogita imputar o delito aos indivíduos, muito menos analisar causalidade, antijuridicidade, até chegar na ausência de culpabilidade.

⁴ Essa tese foi amplamente divulgada por certos setores do debate, com diferentes finalidades. Alguns finalistas, como STRUENSEE, E. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998, desejam dar um fim à teoria da imputação objetiva; outros autores, como é o exemplo de BURKHARDT, B. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 153-192, querem manter a imputação objetiva, mas relegar todos os dados subjetivos ao tipo subjetivo. Adequadas e mais longas réplicas em: FRISCH, W. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004b, p. 193-280; GRECO, L. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

Isso dá mais clareza também aos méritos da doutrina finalista de Welzel, que deu luz à importância do desvalor da conduta, bem como de um lado introduziu, de outro consolidou, elementos subjetivos no tipo penal, com a separação do *dolus malus* e o transporte do dolo-base e da culpa (no sentido de imprudência *lato sensu*) para a tipicidade. Não à toa Roxin (2014, p. 123-124), pai do chamado funcionalismo teleológico-racional, não hesitou em reconhecer esses méritos do finalismo. Afinal, dolo e culpa não são meras espécies de culpabilidade, mas fundamentalmente duas formas diferentes de violar uma norma de conduta e, portanto, modalidades distintas de praticar um injusto penal.

Constatar isso significa também dar razão a Frisch (2004a, p. 45-47) quando ele aduz que muitos dos problemas resolvidos sob a rubrica da *imputação objetiva do resultado* são, na realidade, questões de definição do comportamento típico. Antes de questionar sobre causalidade ou realização do risco criado, é preciso definir que comportamentos estão abarcados pela proibição contida nos tipos penais de resultado. Ou seja, antes de questionar se há nexos causal entre conceber uma criança que viria a matar alguém e esse resultado, tem-se que verificar se o ato de conceber uma criança está, em primeiro lugar, contido na proibição do art. 121, CP.⁵ Em caso negativo, não há por que verificar causalidade nos termos do art. 13, CP. Somente essa perspectiva *tem como ponto de partida o tipo penal*. Deixar para verificar o desvalor da conduta somente depois de analisar o nexos causal significa ter como ponto de arranque não o tipo penal, mas a norma da parte geral que dispõe sobre causalidade.

Essa perspectiva, além de levar mais a sério a *função de garantia do tipo penal*, está muito mais de acordo com o que é – nesse ponto, corretamente – feito pela práxis. Afinal, ninguém gasta muita energia em verificar se certos comportamentos, claramente causais, merecem reprimenda penal.

6 A interação entre normas específicas da atividade e o princípio da confiança

Nos casos em que tanto as normas específicas da atividade quanto o princípio da confiança entram em cena, é possível observar certos padrões que, uma vez percebidos, podem auxiliar no esclarecimento de problemas concretos. Observem-se dois casos que irão auxiliar nisso:

Caso 1: um indivíduo X, conduzindo um veículo automotor dentro da velocidade permitida da pista e com sinal verde para prosseguir em um cruzamento, avista outro carro na via transversa, que não dá sinais de diminuição de velocidade para parar no sinal vermelho. Todavia, crendo que o outro pararia, X prossegue; o outro motorista, entretanto, não respeita a sinalização e o acidente acontece.

Caso 2: um motorista X, na condução de um ônibus, em uma via cuja velocidade máxima era de 30 km/h, atropela um ciclista que, de inopino, atravessava a rua fora da faixa. Da análise do tacógrafo, constatou-se que o ônibus se deslocava a 72 km/h no momento da colisão. Uma testemunha, que conduzia um automóvel na outra via da rua, relatou que o ciclista simplesmente cortou na frente de seu carro, mas como a condutora estava atenta e em baixa velocidade, conseguiu frear e impedir a colisão.⁶

No caso 1, há um respeito das normas extrapenais de segurança por parte do agente X – dirigir dentro da velocidade permitida, respeitar a sinalização –, porém uma impossibilidade de confiar na conduta correta do terceiro que já dava indícios de que agiria contrariamente ao dever. Já no caso 2 ocorre o contrário: o motorista X até podia confiar na conduta correta do terceiro – afinal, a partir de uma perspectiva *ex ante*, não havia nenhum dado cognoscível que indicasse que o terceiro erraria –, mas um claro desrespeito ao limite de velocidade da pista.

⁵ Similar, mas chegando a diferentes conclusões por razões que extrapolam o âmbito do presente estudo, RENZIKOWSKI, J. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 42-48.

⁶ Caso julgado em: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.580.438/PR, relator ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, publicado no diário de justiça eletrônico em 18 abr. 2016. Acesso em: 13 nov. 2023. Análise pormenorizada do julgado à luz do princípio da confiança em AMARAL, R. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 178, p. 287-308, 2021.

Normas de segurança específicas da atividade⁷ – tais quais as regras de trânsito – possuem um caráter geral e abstrato. Isso significa que essas regras não têm, nem poderiam ter, o condão de impedir qualquer risco da atividade em questão, isto é, o seu cumprimento *per se* não garante que tudo correrá bem. Esse tipo de norma tem a finalidade de *gerenciar riscos*, visando à redução de resultados danosos a bens jurídicos desde uma *perspectiva geral*. É dizer: se todos os personagens da atividade atenderem às exigências dessas regras, é possível dizer que *provavelmente* tudo ficará bem. Logo, se alguém erra, nada pode garantir que, se os demais se limitarem a atender as exigências dessas normas, o resultado danoso será evitado, sendo fundamental algum tipo de *cooperação*.

Nesse sentido, as normas da atividade estão em conexão direta com o *princípio da confiança*, cujo conteúdo prescreve que o cidadão pode pressupor que os demais agirão conforme o dever, a não ser que a ele estejam acessíveis, no momento da sua conduta, indicadores de que um terceiro errará ou já errou; indicadores esses que podem ser de natureza objetiva, dizendo respeito às circunstâncias de atuação (exemplos: uma pessoa está atravessando a rua fora da faixa de pedestres; o próprio indivíduo tem um dever de cuidado não cumprido de controlar a ação do terceiro) ou subjetiva⁸, dizendo respeito à pessoa do terceiro (*v.g.*, o indivíduo possui uma deficiência que impede ou dificulta a atividade esperada).

Portanto, se um indivíduo, comportando-se de acordo com as regras de segurança da atividade, avista alguém que está em vias de errar, não está autorizado a não adaptar a sua conduta de modo a evitar o resultado danoso a terceiros. E isso decorre da própria natureza já enunciada da norma extrapenal referente à atividade: se a norma da atividade específica está olhando para o geral, e não para aquela situação perigosa cognoscível ao agente, ela não pode ser utilizada como pretexto para o indivíduo *lavar as mãos*. Assim, a impossibilidade de confiar obriga o agente a atuar com mais cuidado do que aquele abstratamente exigido na norma da atividade correspondente.

O contrário também ocorre: a infração das regras de segurança, em alguns casos, tornará supérflua a constatação de que o agente poderia confiar no terceiro. Normalmente, utiliza-se a equivocada – mas intuitivamente fundada, para ser justo – restrição da possibilidade de confiar para quem efetivamente viola a norma de cuidado da atividade. Nessa linha, seria um erro manter a possibilidade de confiar de quem age incorretamente, quebrando assim a confiança dos outros (Kirschbaum, 1980, p. 122). Essa ideia não está de todo errada nas suas conclusões, mas está mal formulada e pode levar a imputações errôneas.

Errar do ponto de vista da norma extrapenal de cuidado não equivale automaticamente a violar a norma de conduta contida no tipo penal. Esse brocardo, visto de forma absoluta, acaba igualando os dois institutos, convertendo-se em uma verdadeira *petitio principii*. Seria dizer: “há desvalor da conduta porque o agente errou”, quando se deveria afirmar “ele errou pelas razões tais, de modo que há desvalor da conduta”.

A questão aqui é verificar se o descumprimento da norma extrapenal está, desde uma perspectiva *ex ante*, conectado à criação ou ao incremento do risco. No caso do trânsito, por exemplo: uma pessoa dirigir com a carteira de motorista vencida ou com a placa do carro raspada em nada vai influenciar na criação ou incremento do risco. Ou no exemplo do nosso caso 2, não faria sentido indagar se o motorista estava com os faróis traseiros funcionando, pois eles em nada influiriam, já, *ex ante*, na probabilidade daquele acidente, visto que não ajudariam nem na visão do agente, nem da vítima. Nos casos em que há uma conexão entre a violação da norma de cuidado e o incremento do risco, aqui simplesmente dizer que o indivíduo poderia confiar não poderia alterar a constatação de que ele foi descuidado com o bem jurídico.

Assim, há certa dinâmica entre normas de cuidado da atividade e o princípio da confiança. Dentro de uma sociedade com regras, o atendimento ao regramento específico da atividade aliado à possibilidade de confiar permite afirmar com segurança que o agente não violou a norma penal. E isso configura um grande ganho à luz da segurança jurídica e da liberdade geral de ação: o cidadão pode agir confiando que não será punido se atender

⁷ Aqui, a análise limita-se às regras estatais. Por questões de espaço, o problema acerca da consideração de normas de segurança de caráter privado ficará, aqui, em aberto.

⁸ Aqui, comumente a doutrina trata esses casos sob rubricas do tipo “*condição pessoal do terceiro*”, “*terceiros nos quais não se pode confiar*” ou algo do gênero. Exemplos: FIDALGO, S. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 173-181; SIQUEIRA, F. O *princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 141-146.

ao regramento de segurança e não tiver motivos, no momento da ação, para desconfiar de que terceiros errarão e que ele teria que adaptar o seu comportamento de acordo com esse erro. Mas não só isso: não seria justo onerar o cidadão com deveres que extrapolem isso, conforme será visto abaixo.

No caso de atendimento às normas de segurança, mas impossibilidade de confiar, é necessário que o cidadão adapte a sua conduta e faça mais do que se limitar a tais normas, que possuem caráter geral e abstrato. No caso contrário, em que há possibilidade de confiança, mas desatendimento ao regramento extrapenal da atividade, há que se considerar se este repercute no incremento do risco ao bem jurídico tutelado no tipo penal; em caso positivo, poder confiar não é razão suficiente para dizer que não houve violação à norma penal.

Assim, no *caso 1*, há desvalor da conduta, tendo em vista que, apesar de dirigir dentro da velocidade permitida e estar com o sinal verde a seu favor, o agente, podendo verificar que o terceiro estava em vias de errar, teria que adaptar sua conduta ao caso concreto, de modo a evitar o acidente. No *caso 2*, igualmente há desvalor da conduta, visto que, apesar de não haver nenhum indicador disponível ao motorista de que o ciclista atravessaria a rua fora da faixa, o erro cometido pelo motorista – dirigir em velocidade grosseiramente superior à permitida para aquela via – está intimamente vinculada ao incremento do risco ao bem jurídico.

7 Fundamentos do risco não desaprovado

A opinião dominante sustenta que o fundamento jurídico para o instituto do risco não desaprovado residiria em uma ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos (Greco, 2014, p. 52). Tratar-se-ia, portanto, de uma espécie de balança que sopesa, de um lado, os interesses a favor da proibição jurídico-penal de uma conduta e, do outro, os que advogam pela permissão jurídico-penal da mesma conduta. O risco não estará desaprovado quando, nesse esquema de sopesamento – que poderá ser diverso conforme a opinião de cada autor –, as razões pelo interesse geral de liberdade preponderarem.

Esse fundamento, em que pese possuir certo grau de acerto, não pode ser o único fundamento da valoração jurídica do risco criado. Conforme já dito, o próprio homenageado sustenta isso. A questão de divergência aqui, todavia, reside no seguinte: o núcleo de liberdade do cidadão, de total autonomia perante a intervenção estatal, nos termos propostos por Greco (2014, p. 56-57), ainda não explica, por exemplo, por que o Estado não tinha legitimidade, no supracitado *juízo do jardim da frente*, de restringir tanto assim o âmbito de liberdade do acusado.

O ato de dirigir um automóvel já está, por definição, fora do escopo daquilo que é absolutamente inalcançável pelo poder estatal e que represente um espaço de irrestrita autonomia individual. Ademais, o simples recurso à ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção do bem jurídico não confere uma resposta segura para justificar por que naquele caso o Estado não poderia consagrar um princípio da desconfiança ou qualquer outra coisa análoga; pelo contrário: poder-se-ia, inclusive, com base em uma tal ponderação, aduzir que, à época, o RG tinha boas razões para julgar da forma que julgou, afinal, o trânsito rodoviário, se comparado a hoje, era muito incipiente, não possuindo o alto fluxo de automóveis como hoje. Nesse sentido, em um outro contexto, uma tal ponderação poderia considerar que, sem o alto fluxo de automóveis, não haveria constrangimentos, a partir de uma perspectiva geral, em exigir, em determinados pontos com pouca visualização, que os motoristas conduzissem automóveis em reduzidíssima velocidade, maximizando a proteção de bens jurídicos. Inclusive, não seria nenhuma surpresa se se constatasse que uma reflexão dessa espécie tivesse, de fato, sido feita pelos julgadores do caso.

Não se trata de afastar completamente a fundamentação baseada em uma tal ponderação. Entretanto, esse tipo de razão somente explica por que convém, de uma perspectiva geral, proibir certo comportamento, mas não justifica ao indivíduo apenas o porquê da intervenção penal, conforme corretamente apontado por Greco (2018a, p. 673-675) noutro debate.

Um direito penal que somente considera razões referidas à utilidade social não possui limites que não razões referentes a interesses coletivos sobre a intervenção penal estatal. Seria reduzir os indivíduos a simples números disponíveis dentro de um grande cálculo social ou meras peças de um jogo de xadrez, perfeitamente sacrificáveis em prol do *xequê-mate*. Um direito penal minimamente justificado deve contemplar também a perspectiva individual,

consistente em dar fundadas razões àquele indivíduo de carne e osso de que ele foi considerado na opção pela sua punição.

De uma perspectiva individual, é flagrantemente ilegítimo estabelecer obrigações que exijam de um indivíduo desconfiar, até mesmo quando não houver nenhum dado de que o terceiro erraria. Isso porque, nesse caso, a norma de conduta sobrecarregaria o indivíduo de tal forma que nenhuma vantagem individual haveria na submissão à norma em primeiro lugar.

Em resumidas linhas, a tese contratualista, decorrente do campo mais abrangente da filosofia política, mostra-nos que normas de comportamento não podem ser vistas como simples restrições à liberdade natural individual. Por exemplo, a segunda lei fundamental hobbesiana prescreve que os homens devem renunciar ao direito absoluto do estado natural, conformando-se em ter a mesma liberdade que os outros possuem, com vistas à manutenção da paz e da autodefesa (Hobbes, 2014, p. 111). Isso significa que, na sociedade civil, isto é, em um local em que as interações humanas são reguladas, todos possuem, em abstrato, iguais direitos. Essa ideia de *reciprocidade* justificaria, portanto, a preferência pela liberdade civil em detrimento da natural.

Não é preciso adotar, aqui, a tese contratualista. Basta visualizar que a existência de uma norma de comportamento consiste em um necessário *trade-off*: por um lado, todo indivíduo tem que escolher entre agir conforme a norma de conduta ou correr o risco da sanção correspondente ao seu descumprimento, constituindo, assim, uma intervenção na sua liberdade, quando considerada absolutamente; mas, por outro, a norma de conduta, vez que é aplicável também aos outros, confere aos indivíduos segurança suficiente para, nos casos de impossibilidade de antever o que terceiros farão, *confiar que agirão condicionando-se às mesmas normas de conduta*, ganhando em liberdade fática de ação em sociedade.

O que o RG fez no julgamento do jardim da frente foi desconsiderar esse *trade-off*, impondo ao acusado somente o ônus das normas de comportamento e assim eliminando o bônus que seria inerente à existência da norma em primeiro lugar. Consistiu, portanto, em evidente sobrecarga sobre o indivíduo em nome da proteção do bem jurídico. Sacrificou-se um em benefício de outros, provavelmente diria Nozick (1991, p. 48). O princípio da confiança, portanto, não decorre de uma simples ponderação de natureza geral, mas é, primeiramente, um bônus com o qual o indivíduo pode contar – e o Estado deve respeitar – quando vive em qualquer sociedade que contenha normas de conduta.

8 Considerações finais

A título de conclusão, resumem-se as seguintes teses aqui defendidas no seguinte rol:

1 A ideia de *permissão* pressupõe que se poderia optar por proibir, de modo que nem todo risco não desaprovado pode ser qualificado como mero risco “permitido”.

2 A figura objetiva do homem prudente está justificada e opera como metacritério das categorias do desvalor da conduta, isto é, como a balança que sopesa os elementos da valoração jurídica do risco e deve operar com o auxílio das regras da experiência.

3 É possível identificar certa dinâmica entre as normas estatais específicas da atividade e o princípio da confiança.

3.1 Quando se constatar que o indivíduo atendeu a todas as legítimas regras de segurança da atividade e que podia confiar na conduta correta dos outros e qualquer outro perigo especial não lhe era cognoscível no momento da ação, pode-se afirmar que o risco criado não estava juridicamente desaprovado.

3.2 Se houver, aprioristicamente, o atendimento às normas específicas da atividade, mas o indivíduo não podia confiar no terceiro, ele tem a obrigação de adaptar o seu comportamento de modo a evitar o resultado típico. Caso não o faça, o risco estará juridicamente desaprovado.

3.3 Por outro lado, se não havia indícios acessíveis ao agente, no momento de seu comportamento, de que um terceiro erraria, mas o próprio agente cometeu alguma violação ao regramento extrapenal, é necessário verificar se essa violação influencia no incremento do risco. Em caso positivo, poder confiar não afastará o desvalor da conduta daquele indivíduo.

4 A ideia de ponderação entre o interesse geral de liberdade e a proteção de bens jurídicos parte de um cálculo social que somente permite aduzir se, a partir de uma perspectiva pragmático-geral, era conveniente proibir determinado comportamento, não podendo, por sua natureza, constituir fundamento isolado do risco não desaprovado, conforme corretamente apontado pelo próprio prof. Greco (2014, p. 50-58).

4.1 O princípio da confiança constitui um bônus decorrente da existência de normas de conduta, que se contrapõe ao ônus da restrição da liberdade de agir que a elas também é inerente, não podendo ser reduzido a um mero resultado do cálculo social decorrente da ponderação de interesses.

9 Referências

AMARAL, R. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 178, p. 287-308, 2021.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA, N. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BURKHARDT, B. Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la "confusión entre lo subjetivo y lo objetivo". In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 153-192.

FIDALGO, S. *Princípio da confiança e crimes negligentes*. Coimbra: Almedina, 2018.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2004a.

FRISCH, W. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, J.; FREUND, G. (org.). *El sistema integral del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2004b, p. 193-280.

GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, L. Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, n. 117, p. 519-554, 2005.

GRECO, L. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

GRECO, L. Notwehr und Proportionalität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, n. 12, p. 665-683, 2018a.

GRECO, L. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018b.

GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

KIRSCHBAUM, K. *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1980.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

RENIKOWSKI, J. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROXIN, C. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, J. C. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SIQUEIRA, F. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRUENSEE, E. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, v. 3, n. 6, p. 751-772, 1998.

TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.