

O “Risco Permitido” e sua Colocação na Teoria do Fato Punível

Darlan Benevides de Queiroz*

Sumário: 1. Introdução; 2. A colocação do Risco não Permitido; 3. Conclusão.

1. Introdução

A doutrina da imputação objetiva, que hodiernamente vem amealhando importantes adeptos na Doutrina Nacional, vem acrescentar à teoria do Tipo elementos que tradicionalmente não eram enfocados nessa categoria.

A despeito de não se constituir propriamente em uma teoria, pode-se vislumbrar no movimento normativista uma série de postulados que adicionam novas perspectivas à análise da tipicidade, especialmente no que diz respeito aos limites subjetivos do liame causal.

O que basicamente se postula acrescentar à definição do fato punível (além dos já tradicionalmente estudados elementos objetivos, subjetivos e normativos) são categorias próprias de imputação de condutas (desvalor da conduta) e do resultado (desvalor do resultado), desde que criado ou incrementado, por obra do agente, um *risco não permitido*.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes¹ leciona:

Aqui temos uma dimensão fática do fato materialmente típico. Porém, na atualidade, já não podemos nos contentar exclusivamente com essa dimensão naturalística ou mecânica (ou ôntica). Há uma outra: a axiológica (ou normativa), que é composta de: a) imputação objetiva da conduta (leia-se: criação ou incremento de um risco proibido juridicamente relevante) b) produção de um resultado jurídico relevante (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido); e c) imputação objetiva desse resultado (ao risco proibido criado ou incrementado). Dois são os aspectos relevantes na imputação objetiva do resultado: a conexão direta com o risco criado (o risco deve se realizar no resultado; e b) que esteja o resultado no âmbito de proteção da norma.

* Promotor de Justiça de 1.ª Entrância.

1 GOMES, Luiz Flávio. *Bases e Perspectivas da Teoria Constitucionalista do Delito*. Revista Jurídica. 308/74.

Quando se trata de crime doloso, ainda há a imputação subjetiva (dolo e outros eventuais requisitos subjetivos especiais).

Ao fazer a exposição da doutrina da imputação objetiva (para posteriormente criticá-la), Sídio Rosa de Mesquita Júnior² assim se manifesta:

A nova teoria procura conjugar elementos das teorias outrora existentes. Em síntese, não é uma nova teoria, mas uma compilação dos ensinamentos das demais, visto que suas principais inovações são:

- a adequação social é elemento normativo do tipo;
- não se fala mais em resultado naturalístico, uma vez que ele será sempre caracterizado pelo risco ao objeto jurídico. Dessa forma, desenvolveu-se a distinção entre risco permitido e risco proibido;
- a conduta só será imputável objetivamente ao agente se houver plausibilidade mínima entre a conduta e o resultado final.

A principal inovação seria, pelo que se vê, a adoção da teoria do incremento do risco, tendente a abandonar o causalismo e abraçar a tese da 'atribuição objetiva do resultado' pela qual "a atribuição do *tipo objetivo* consiste na atribuição do resultado de lesão do bem jurídico ao autor, como *obra dele*.

O que nos interessa no presente texto é verificar de que maneira esse *risco proibido* pode encontrar abrigo no tipo penal (se é que se pode abrigá-lo aí), e quais as consequências da aceitação da inserção do risco no tipo, quando o agente incorre em erro acerca da permissibilidade ou não da criação ou incremento do referido risco.

2. A colocação do risco não permitido

Parte-se, por primeiro, do conceito de tipo subjetivo, ou elemento subjetivo de tipo. Sabe-se que a doutrina costuma caracterizar o *dolo* como elemento subjetivo geral, ao lado de algumas tendências e intenções que se podem caracterizar (de acordo com cada descrição típica) em elementos subjetivos especiais ou acidentais.

² MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Pequeno passeio sobre a imputação objetiva*. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2000> > . Acesso em: 21 ago. 2003 .

Assim, além da adequação típica objetiva, é necessário verificar se o agente preenchia, ao tempo da ação ou omissão, o elemento *subjetivo* do tipo. Caso ausente qualquer elemento subjetivo (seja geral, seja accidental) excluída estará a tipicidade³.

O dolo, por seu turno, possui um aspecto cognitivo, traduzido pela consciência de estar o agente praticando os fatos necessários à caracterização objetiva do tipo (não é necessário, v.g. que o agente esteja ciente de que o fato que está praticando constitui o delito tal ou qual, basta que tenha consciência do próprio agir), e um elemento volitivo, consistente na especial direção do espírito do agente tendendo a praticar a ação típica. Sem o aspecto cognitivo não se pode falar no aspecto volitivo do dolo⁴, senão aquele pressuposto deste.

No elemento volitivo do dolo, deve ficar caracterizada a intenção do agente de praticar os elementos objetivos do tipo, ou ao menos a consciência de poder influir no curso causal (como, v.g., no caso da omissão penalmente relevante).

É certo que o risco de criar o resultado está compreendido no elemento objetivo do tipo, mas a circunstância de conhecer o agente a permissão ou não-permissão para a criação do risco obviamente configura um aspecto típico subjetivo que não pode ser dissociado do elemento objetivo. Além disso, na caracterização de *risco não-permitido* há um inegável fator normativo (consistente na “permissão” para a criação ou incremento do risco).

O nó da doutrina da imputação objetiva, reconhece o próprio Claus Roxin⁵, é justamente o conceito de “risco permitido”, isso porque não há consenso entre os doutrinadores acerca da natureza do conceito indeterminado.

Há que se observar que a criação ou incremento de risco não permitido é modalidade de atribuição *do resultado* ao agente. A imputação da conduta obedece basicamente ao esquema de adequação típica já tradicionalmente adotado pelo finalismo, não nos parecendo que a imputação objetiva possa trazer algo de substancialmente novo em tal aspecto (exceto no que diz respeito aos crimes culposos e omissivos, em que a atribuição da conduta já é, de qualquer forma, normativa). A diferença entre *imputação objetiva da conduta* e *imputação objetiva do resultado* está presente na obra de Jakobs, mas é refutada por Roxin, que somente

³ BITENCOURT, César Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição*. 3.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do Tipo Penal*. Leme: Livraria Editora de Direito, 2001.

⁵ ROXIN, Claus. *Apud* BITENCOURT, César Roberto, Op. Cit., p.22.

vê sentido na imputação objetiva *do resultado*⁶.

Note-se que o risco criado pode ser permitido ou não. Onde, todavia, localizar a fonte da permissão ou não-permissão para a criação ou incremento do risco?

Günther Jakobs afirma o caráter ubíquo do risco permitido, identificando a sociedade como fonte produtora tanto do risco quanto da permissão para sua criação ou incremento⁷. Não há, todavia, como mensurar o grau de maleabilidade da sociedade à produção de determinados riscos.

Todavia, em algumas hipóteses a permissão para criação de determinados riscos é exclusivamente legal, como é o caso, por exemplo, das normas de segurança e medicina do trabalho, que permitem a criação de determinado risco *desde que* adotadas as medidas necessárias à prevenção de acidentes.

Em outros casos, a permissão para criação ou incremento do risco decorre de fatores culturais, como é o típico exemplo do jogador de futebol que lesiona o colega durante uma partida, ou do médico que mata o paciente mediante a adoção de um procedimento experimental que seria a única possibilidade real de solução do problema da vítima.

Ora, se a criação ou o incremento do risco não permitido é aferível objetivamente (sendo referível ao aspecto objetivo do tipo), e se a consciência e vontade de criação ou incremento do mesmo pertencem ao aspecto subjetivo do tipo (dolo ou elementos subjetivos especiais ou acidentais), a permissão ou não do risco é nitidamente de caráter normativo.

Em relação ao elemento subjetivo do tipo, é necessário esclarecer que o dolo e os elementos subjetivos especiais ou acidentais incidem sobre o fato típico (dizer, trata-se de cognição e volição acerca de todos os elementos do tipo). Quando há elementos normativos no tipo, não se pode propriamente falar em erro de proibição quando tal erro se dá acerca de algum dos referidos elementos normativos, mas em evidente erro de tipo. Assim, se alguém, acreditando que determinada pessoa é funcionário público (sem que o seja), lhe faz proposta de vantagem indevida para prática de ato que entenda ser contrário ao seu dever de ofício está, basicamente, incidindo em erro acerca da qualidade de agente público, qualidade esta que é requerida pelo tipo. Não se está, no exemplo,

⁶ *Apud* PRADO, Luís Régis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. São Paulo: RT, 2002.

⁷ JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

falando em *error in personam*, mas em próprio erro de tipo, a não ser que autor do fato confundisse a suposta pessoa com alguém que efetivamente fosse servidor público.

Assim, quando o erro ocorre em relação à permissão para a prática de determinado ato (ou, suponhamos, para a criação ou incremento de determinado risco não permitido), estar-se-ia diante do erro de tipo, excludente, se invencível, do dolo, mas não da tipicidade objetiva.

Além de tipicidade e antijuridicidade, é necessário observar que há respeitável contingente de juristas que, a nosso ver corretamente, incluem a culpabilidade no conceito analítico de crime.

Como se sabe, a culpabilidade é o juízo de reprovabilidade da conduta, incidindo sobre o elemento subjetivo do agente. Desdobra-se em imputabilidade (capacidade de culpabilidade), potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Ocorre que para criar os mecanismos de imputação objetiva, a doutrina criou a categoria do risco permitido, trazendo para dentro do tipo um elemento normativo de caráter genérico (que poderia ser traduzido como a não permissão para criação ou incremento de determinado risco). Como consequência, o dolo, falando genericamente, deve abranger a consciência e a vontade de criar ou incrementar risco *não permitido*.

Todavia, embora seja patente que em algum grau todo tipo (ainda que objetivo) traz em si algum conteúdo normativo. Quando o art. 121 do CP fala em matar *alguém*, refere-se, por óbvio, a uma pessoa (natural), razão pela qual deve-se buscar no direito civil o conceito de personalidade, o que não significa, contudo, que a exclusão desse aspecto do tipo signifique um erro de proibição, porque, nesse caso, o conteúdo normativo *integra o tipo em sua própria descrição*.

Há delitos em que a mera criação do risco constitui o elemento objetivo do tipo (crimes de perigo concreto), desde que o bem jurídico seja efetivamente lesado (temos, como grande parte da doutrina, algumas reservas quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em que se presume a lesão do bem jurídico).

Em tais casos, inegável é que o risco não permitido é elemento normativo implícito na descrição do tipo.

Entretanto, se o caráter de proibição do risco for integrado ao tipo, *todos* os tipos penais passariam a contar com um elemento normativo (permissão para a criação ou incremento do risco).

Ora, se o agente se equivoca acerca do caráter permitido ou não do risco (e quando tal permissão deriva de uma norma jurídica), e a não ser que se adote a teoria dos elementos negativos da ação, estaríamos em verdade diante de um erro de proibição, e não de tipo, como pode parecer àqueles que adotam a teoria da imputação objetiva.

Mas se o erro acerca da permissão se baseia na equivocada compreensão de determinado elemento cultural, há que se verificar se a hipótese não será de erro de tipo (caso, por exemplo, de um cidadão que dá um beijo lascivo em sua namorada em público por achar que tal espécie de manifestação de carinho é socialmente aceita). O referido cidadão criou um risco de lesão a determinado bem jurídico (no caso, o pudor público), mas achava que tal risco era permitido em virtude das circunstâncias culturais da sociedade. Em tais casos, o tipo deixa à sociedade a definição de determinados conceitos, que ainda assim integrarão o tipo (sendo, todavia, elementos normativos).

O erro de tipo inescusável, como sabido, exclui o dolo, permitindo a punição pela modalidade culposa, caso exista, mas o erro de proibição, se escusável, apenas isenta o agente de pena, subsistindo a tipicidade do fato.

Como é mais ou menos uniforme em doutrina, a culpabilidade é um juízo de reprovabilidade que recai sobre o conhecimento, por parte do agente, do caráter ilícito da conduta. Ora, a ilicitude geralmente é reconhecida como categoria à parte do tipo, salvo na concepção de Jescheck/Weigend, que as consideram (tipicidade e ilicitude) como uma unidade indissociável⁸. Assim, o juízo de reprovabilidade não recairia na conduta, mas na relação entre o estado anímico do agente e a ilicitude (quer conhecida, quer desconhecida) do fato.

Além de tal função, Cezar Roberto Bittencourt⁹ apresenta a real utilidade da definição da culpabilidade:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como *fundamento* da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – *capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta* – que constituem os elementos positivos específicos do conceito

⁸ Apud SANTOS, Juez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas Controvérsias da Culpabilidade na Atualidade*. Disponível na Internet: [http://www.direitopenal.adv.br/\[21.08.2003\]](http://www.direitopenal.adv.br/[21.08.2003]).

dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade – como *elemento da determinação* ou medição da pena. Nesta acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como *limite* desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc.

E finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nesta acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade. (...).

Percebe-se, então, que a culpabilidade possui a função de viabilizar a *individualização da pena*.

E como juízo de reprovabilidade, inegavelmente incide sobre o conhecimento (desde que por agente capaz de tal conhecimento – imputabilidade) potencial ou efetivo acerca da *ilicitude*, e desde que o agente pudesse se comportar de maneira diversa. Ora, o juízo de culpabilidade incide sobre a *vontade* finalisticamente orientada do agente. Tanto que se o agente age mediante coação moral irresistível (v.g.), afastada estará sua culpabilidade porque sua *vontade* foi conspurcada pela coação, sendo por isso, isento de pena.

Se a *vontade* do agente for determinada pela falsa compreensão da licitude ou ilicitude de sua conduta, haverá erro de proibição (exceto se a descrição da licitude estiver no tipo, caso em que haverá erro de tipo).

Não se pode esquecer que o risco não permitido pode ser desdobrado em um aspecto objetivo (o próprio comportamento que cria ou incrementa o risco, aferível objetivamente), um aspecto subjetivo (a consciência de estar criando um risco) e um aspecto puramente normativo (a circunstância de o risco ser ou não permitido). O primeiro e o segundo aspecto do risco não permitido encontram, sem a menor necessidade de malabarismos teóricos, berço confortável na tipicidade. O aspecto normativo (permissão ou proibição da criação ou incremento do risco) somente tem como ser albergado, com esse grau de

generalização, na ilicitude (ou antijuridicidade, como prefere parte da doutrina pátria).

3. Conclusão

Se deslocarmos um juízo (ainda que normativo) tão genérico como aquele acerca da permissão para criação ou incremento do risco para a linha da tipicidade, estaremos gerando um elemento normativo do tipo que virtualmente esgotaria a figura do erro de proibição, uma vez que o erro acerca do caráter lícito ou ilícito de uma conduta seria deslocado do Juízo de reprovabilidade (culpabilidade-ilicitude) para o juízo de adequação típica (passando a ser considerado erro de tipo).

Dessa forma, ainda que louvando os eventuais progressos que a doutrina da imputação objetiva possa ter (mormente porque na verificação do dever de cuidado objetivo no crime culposos o juízo de permissão do risco, embora ainda imperfeito, é menos indefinido do que o critério do *homo medius*), há que se reformular a colocação do risco permitido (em nosso entender mais adequadamente compreensível se inserido na ilicitude, e não no tipo), mormente se considerarmos que a ilicitude é precisamente a inadequação entre a conduta e o ordenamento jurídico (de onde se extrai, ainda que *a contrario sensu*, a permissão para o incremento do risco).

Bibliografia

Livros:

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de Tipo e Erro de Proibição: Uma Análise Comparativa*. São Paulo: Saraiva, 2003;
- CARVALHO, Érika Mendes de, e PRADO, Luiz Régis. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: Uma Aproximação Crítica a Seus Fundamentos*. São Paulo: RT, 2002;
- JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000;
- SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Teoria do Tipo Penal*. Leme: Livraria Editora de Direito, 2001;
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2001;

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Algumas Controvérsias da Culpabilidade na Atualidade*. Disponível na Internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, [21.08.2003];
- GOMES, Luiz Flávio. Teoria Constitucionalista do Delito. *Bases e Perspectivas*. Revista Jurídica. 308/72;
- HUAPAYA, Sandro M. Montes. *El Principio de Culpabilidad desde una Perspectiva Político Criminal Dentro de um Estado de Derecho, Social y Democrático*. Disponível na Internet em <http://www.derechopenalonline.com>, [23.08.03]
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *O Desenvolvimento Metodológico do Direito Penal*. Disponível na Internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, [21.08.2003];
- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *Um Direito Penal do Risco Para Uma Sociedade de Risco? (Uma Discussão Dentro da Perspectiva Penal Ambiental)*. Revista de Estudos Criminais. 09/102;
- Neumann, Ulfried. *La Interpretación Ontológica, Funcional y Ético-social del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*. Revista de Estudos Criminais, 10/33;
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *A Imputação Objetiva é Real*. Disponível na Internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, [21.08.2003];
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *A Teoria da Imputação Objetiva*. Disponível na Internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, [21.08.2003];
- . *Atualidades da Teoria dos Elementos Negativos do Tipo*. Disponível na Internet: <http://www.direitopenal.adv.br>, [21.08.2003];
- SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Nexo Causal, Imputação Objetivas e Tipicidade*. Disponível na Internet: <http://www.suigeneris.pro.br/dirpenal.htm/>, [21.08.2003].

