

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAURÍCIO LOPES DE PAULA**

**DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE: POSIÇÃO SISTEMÁTICA NOS  
CRIMES CULPOSOS**

**Belo Horizonte**

**2024**

MAURÍCIO LOPES DE PAULA

**DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE: POSIÇÃO SISTEMÁTICA NOS  
CRIMES CULPOSOS**

Tese de Doutorado apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na Linha de Pesquisa intitulada Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Área de Estudo: Direito Penal Contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Luiz Augusto Sanzo Brodt

**Belo Horizonte**

**2024**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

P324d Paula, Maurício Lopes de  
Das condições pessoais do agente [manuscrito]: posição sistemática nos crimes culposos / Maurício Lopes de Paula. - 2024.  
235 f.

Orientador: Luiz Augusto Sanzo Brodt.  
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Crime - Teses. 3. Negligência (Direito) - Teses.  
4. Culpa (Direito) - Teses. I. Brodt, Luiz Augusto Sanzo. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.222



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



## ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO MAURICIO LOPES DE PAULA

Realizou-se, no dia 27 de agosto de 2024, às 09:30 horas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE: POSIÇÃO SISTEMÁTICA NOS CRIMES CULPOSOS*, apresentada por MAURICIO LOPES DE PAULA, número de registro 2020652093, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt - Orientador (UFMG), Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG), Prof(a). Luciano dos Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos), Prof(a). Renato Kramer (Centro de Ensino Alexander Zamboni e Faculdade Sup), Prof(a). Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (UFMG).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 100.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2024.

Prof(a). Luis Augusto Sanzo Brodt ( Doutor ) Nota:100  
Luis Augusto Sanzo Brodt

Assinado de forma digital por Luis Augusto Sanzo Brodt  
Dados: 2024.08.27 22:13:16 -03'00'

Prof(a). Frederico Gomes de Almeida Horta ( Doutor ) Nota:100

FREDERICO GOMES DE ALMEIDA HORTA

Assinado de forma digital por FREDERICO GOMES DE ALMEIDA HORTA  
Dados: 2024.08.27 15:30:49 -03'00'

Prof(a). Luciano dos Santos Lopes ( Doutor ) Nota:100

LUCIANO SANTOS LOPES

Assinado de forma digital por LUCIANO SANTOS LOPES  
Dados: 2024.08.27 18:50:52 -03'00'

Prof(a). Renato Kramer ( Doutor ) Nota:100

RENATO KRAMER DA FONSECA CALIXTO

Assinado de forma digital por RENATO KRAMER DA FONSECA CALIXTO  
Dados: 2024.08.27 15:21:55 -03'00'

Prof(a). Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva ( Doutor ) Nota:100

Documento assinado digitalmente

CARLOS AUGUSTO CANEDO GONCALVES DA SILVA  
Data: 27/08/2024 22:51:58 -0300  
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

À minha mãe, Edna, que sempre me apoiou e sempre esteve presente na minha vida.

À memória da professora Sheila Jorge Selim de Sales e à memória do professor Michel Wencland Reiss, pessoas queridas, que nos deixaram recentemente.

## Agradecimentos.

Agradeço, inicialmente, ao professor Dr. Luiz Augusto Sanzo Brodt, orientador desta tese. Sem sua orientação esta tese, certamente, não seria possível.

Agradeço também ao prof. Dr. Carlos Augusto Gonçalves Canedo da Silva pelas observações feitas durante as bancas de qualificação.

Agradeço ao prof. Dr. Tarcísio Mendonça que me incentivou a cursar o doutorado.

Agradeço ao prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero, exemplo na docência e na advocacia.

Agradeço, por fim, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, onde cursei a graduação, o mestrado e, agora, o doutorado, e a todos os seus funcionários, sempre prestativos.

## RESUMO

A presente tese tem como tema-problema a posição sistemática das condições pessoais do agente na teoria do crime culposo. Entende-se por condições pessoais as capacidades e conhecimentos do agente em relação à determinada situação. O objetivo é determinar se as condições pessoais do agente nos delitos culposos devem ser avaliadas na análise da tipicidade ou da culpabilidade. O marco teórico utilizado é a teoria do filósofo da linguagem americano John Searle sobre a criação dos fatos institucionais. Aplicando a tese de Searle e determinando o fato bruto que dá suporte à culpabilidade, defende-se que as condições pessoais do agente na teoria do tipo culposo devem ser avaliadas na culpabilidade.

Palavras-chave: Teoria do crime; crime culposo; fatos institucionais; função; culpabilidade.

## **ABSTRACT**

This thesis is about the systematic position of the personal conditions of the agent in the theory of culpable crime. Personal conditions are understood to be agent's abilities and knowledge on a given situation. The objective is to determine whether the personal conditions of the agent in culpable crimes should be evaluated in the analysis of the typicality or culpability. The theoretical framework used is the theory of the American philosopher of language John Searle on the creation of institutional facts. Applying Searle's thesis and determining the brute fact that supports culpability, we defend that the personal conditions of the agent in theory of culpable type should be evaluated in culpability.

Keywords: Theory of crime; culpable crime; institutional facts; function ; culpability.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 – A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO DELITO CULPOSO.</b> .....	<b>12</b>
<b>1.1 CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NA TEORIA DO CRIME CULPOSO: DEFINIÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA</b> .....	<b>12</b>
<b>1.2 FUNÇÃO, FUNCIONALISMO E SISTEMA</b> .....	<b>19</b>
<b>1.3 FUNÇÃO E A CRIAÇÃO DOS ATOS INSTITUCIONAIS: A TESE DE JOHN SEARLE</b> <b>27</b>	
<b>1.4 AS FUNÇÕES DA CULPABILIDADE E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	<b>36</b>
<b>1.5 A DEFINIÇÃO DA POSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE A PARTIR DA TESE DE JOHN SEARLE</b> .....	<b>444</b>
<b>CAPÍTULO 2 – A ESTRUTURA DO TIPO CULPOSO E AS TEORIAS SOBRE A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. ..</b> <b>61</b>	
<b>2.1 TIPO CULPOSO</b> .....	<b>61</b>
2.1.1 Considerações gerais .....	61
2.1.2 Estrutura do tipo culposo .....	75
<b>2.2 TEORIA GENERALIZADORA</b> .....	<b>91</b>
2.2.1 Os fundamentos e características da teoria generalizadora.....	91
2.2.2 A definição do dever de cuidado: o homem médio, a máxima ciência e experiência e outros critérios .....	99
2.2.3 Críticas à posição generalizadora.....	105
<b>2.3 TEORIA INDIVIDUALIZADORA</b> .....	<b>110</b>
2.3.1 Os fundamentos e características da teoria individualizadora.....	110
2.3.2 A utilização das condições pessoais do agente no âmbito da teoria individualizadora .....	118
2.3.3 Críticas à posição individualizadora.....	126
<b>2.4 TEORIA MISTA DE ROXIN</b> .....	<b>131</b>
2.4.1 Características e fundamentos .....	131
2.4.2 Críticas à posição de Roxin .....	133
<b>2.5 AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NA TEORIA DO CRIME CULPOSO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA</b> .....	<b>134</b>
<b>2.6 TOMADA DE POSIÇÃO</b> .....	<b>141</b>
<b>CAPÍTULO 3 – A CULPABILIDADE NOS DELITOS CULPOSOS</b> .....	<b>145</b>
<b>3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	<b>145</b>
<b>3.2 IMPUTABILIDADE</b> .....	<b>149</b>
<b>3.3 A COGNOSCIBILIDADE DO DEVER DE CUIDADO</b> .....	<b>158</b>
3.3.1 A possibilidade de conhecer a situação de risco.....	159

3.3.1.1 A previsibilidade subjetiva do resultado e sua inadequação para a avaliação da culpabilidade .....	160
3.3.1.2 A cognoscibilidade da situação de risco .....	167
3.3.1.3 Sinais de alarme.....	174
3.3.2 Possibilidade de conhecer a regra de cuidado .....	178
3.3.2.1 Critério para a avaliação da possibilidade de conhecer a regra de cuidado: Homo eiusdem professionis et condicionis .....	181
3.3.2.2 Déficit cultural/intelectual .....	184
3.3.3 Do dever de informação .....	186
3.3.4 Do erro quanto ao dever de cuidado enquanto erro de proibição .....	196
<b>3.4 POSSIBILIDADE DE AGIR CONFORME A REGRA DE CUIDADO .....</b>	<b>206</b>
<b>CAPÍTULO 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>212</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>217</b>

## INTRODUÇÃO

A presente tese tem como tema a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo. Indagar-se-á se as condições pessoais do agente nos delitos culposos devem ser avaliadas no tipo penal ou na culpabilidade bem como, serão analisados os reflexos na culpabilidade da solução proposta.

O marco teórico é a tese de John Searle sobre a relação entre fatos brutos e fatos institucionais e a criação dos fatos institucionais. Referida tese foi apresentada na obra “A construção da realidade social”. Com efeito, a definição da posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo deve ter como fundamento a aplicação da tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais.

A tarefa inicial desta tese é definir a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo com fundamento na tese de John Searle, isso é feito no capítulo 1 (um)

No capítulo 1(um) é explicado, inicialmente, o que se compreende por condições pessoais do agente. No mesmo capítulo são expostos alguns conceitos relevantes para o desenvolvimento desta tese, tais como: função; funcionalismo e sistema.

Ainda no capítulo 1 é exposta a tese de Searle acerca da criação dos fatos institucionais. A tese de Searle acerca dos fatos institucionais consiste no marco teórico desta tese. Com efeito, o ineditismo desta tese consiste em aplicar a tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais para solucionar o problema sobre a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo.

Após a explicação da tese de Searle, e ainda no primeiro capítulo, a referida tese sobre a criação dos fatos institucionais é aplicada para fundamentar a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo.

Definida a posição sistemática das condições pessoais do agente, passa-se a analisar a estrutura do tipo culposo e as posições generalizadora, individualizadora e mista, isso é feito no capítulo 2 (dois).

No capítulo 2 (dois) são estabelecidos alguns conceitos importantes acerca do tipo culposo e que são fundamentais para presente tese. Ainda nesse capítulo é analisada a estrutura do tipo culposo, sendo adotada a posição de Roxin de que o tipo culposo é composto exclusivamente pelos critérios de imputação objetiva. Importa destacar que a estrutura do delito culposo deve guardar a necessária coerência com a posição sistemática das condições pessoais do agente.

Ainda no capítulo 2 (dois) são expostas as posições doutrinárias sobre a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo. Aborda-se as posições generalizadora, individualizadora e mista. No que se refere a essas posições, serão analisados suas características, fundamentos e as críticas a elas endereçadas.

Por fim, no capítulo 3 (três), a partir das conclusões obtidas no capítulo 1 são definidos os critérios para a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos. Considerando que as condições pessoais do agente devem ser avaliadas na culpabilidade, a culpabilidade nos delitos culposos não é idêntica à culpabilidade nos delitos dolosos.

## **CAPÍTULO 1 – A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO DELITO CULPOSO.**

### **1.1 Condições pessoais do agente na teoria do crime culposo: Definição e colocação do problema**

A presente tese tem como tema-problema a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo e seus reflexos na estrutura da culpabilidade.

De um modo geral a doutrina não define com clareza o que se compreende por condições pessoais. Assim, inicialmente, é importante delimitar qual o significado e a abrangência da expressão “condições pessoais do agente”.

A doutrina majoritária, ao tratar do problema da definição do dever objetivo de cuidado, se vale da expressão capacidade do agente.<sup>1</sup> Nesse contexto, capacidade do agente significa a habilidade do sujeito ativo em relação à atividade que estava desempenhando.

Neste ponto é relevante avaliar se existe diferença entre capacidade do agente e o conhecimento do agente. Em termos semânticos capacidade é diferente de conhecimento. Entende-se por conhecimentos toda a experiência do sujeito ativo, a aprendizagem adquirida e seu especial conhecimento acerca da atividade que estava praticando.

Não obstante a diferença de conteúdo, a doutrina majoritária dá a entender que a capacidade engloba o conhecimento. Quem explica a referida posição é Corcoy Bidasolo. Para a autora o conhecimento especial determina a própria capacidade do sujeito de praticar determinada conduta<sup>2</sup>, de modo que não há razão para se considerar capacidade e conhecimento de maneiras distintas.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: STRATENWERTH, Günter. Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. Tradução de Manuel CancioMeliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra, Civitas 2000. P. 421. Também Roxin utiliza a mesma expressão.

<sup>2</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito imprudente*. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2005, p. 108.

Com intuito de dar maior clareza conceitual e reforçar a importância dos conhecimentos especiais do agente, ou da falta de conhecimento do agente é importante se valer da diferença entre capacidade e conhecimento, não obstante o raciocínio de Corcoy Bidasolo faça sentido.

Em síntese, as condições pessoais do agente dizem respeito aos conhecimentos e capacidades do agente frente a determinada situação. Conhecimento, como já acentuado, significa a experiência do sujeito ativo, a aprendizagem adquirida, sua experiência de vida e seu especial conhecimento acerca da atividade que estava praticando. Já a capacidade significa a habilidade do sujeito ativo em relação à atividade que estava desempenhando.

Quando são utilizadas questões como idade do agente, escolaridade, capacidade intelectual, formação, profissão ( dentre outras) são, na verdade, elementos utilizados para avaliar a capacidade e o conhecimento do agente diante de uma determinada situação.

Em termos históricos, as condições pessoais do agente nem sempre foram relevantes para a caracterização do delito. Como destaca Luiz Luisi, desde os primórdios da civilização a responsabilidade penal era objetiva<sup>3</sup>, bastando a ocorrência de um resultado danoso para a caracterização de um delito. Nesse contexto histórico não haveria que se falar em condições pessoais do agente.

A análise dos elementos subjetivos ocorre, inicialmente, para distinguir dolo e culpa, sendo o dolo um ato voluntário e a culpa um ato involuntário. Isso foi feito já no direito romano, como informam Luiz Luisi<sup>4</sup> e Raul Machado <sup>5</sup>. Naquele momento histórico, a culpa, enquanto ato involuntário, era desprovida de dados subjetivos.

Durante a Idade Média, tanto no Direito Penal canônico quanto no Direito Penal comum, existia a ideia de dolo e culpa (imprudência e negligência). Todavia, o princípio do "*versari in re illicita*" consagrava a responsabilidade objetiva permitindo a punição nas hipóteses de caso fortuito ou resultado

---

<sup>3</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 32.

<sup>4</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais...* p. 32-35

<sup>5</sup> MACHADO, Raul. *A culpa no Direito Penal*. São Paulo. Encadernação João J. de Moraes, 1943. p. 10-30.

imprevisíveis. Assim, o desenvolvimento das condições pessoais do agente era absolutamente inviável.

O Iluminismo, não obstante a grande contribuição dada ao direito penal, não deu nenhuma contribuição ao tema.

Carrara, grande sistematizador da Escola Clássica, deu a mesma importância aos elementos objetivos (força física) e subjetivos (força moral). Mas a culpa, que o autor define como a omissão voluntária de diligência no calcular as consequências possíveis e previsíveis do próprio fato,<sup>6</sup> era delimitada sem considerar as condições pessoais do agente. Isso fica claro quando Carrara explica os graus de culpa.<sup>7</sup> Na culpa lata o evento poderia ser previsto por qualquer homem; na culpa leve o evento poderia ser previsto por um homem diligente; e na culpa levíssima o evento somente poderia ter sido previsto por um homem com diligência fora do comum. Assim, a previsibilidade era sempre aferida por um dado objetivo, independente das condições pessoais do agente.

No sistema de Carrara, a força moral atende à subjetivação do conceito de crime, acrescentando um elemento psicológico à parte objetiva (força física). Todavia, a subjetivação almejada ocorre através do dolo, sendo a culpa determinada através de critérios objetivos.

A primeira contribuição importante no tratamento das questões pessoais do agente foi feita por Von Liszt. O positivista alemão compreendia a ação como uma ação humana voluntária que provoca uma modificação no mundo exterior.<sup>8</sup> A relação de causalidade entre a ação e o resultado típico é essencial para o tipo penal. Existindo uma ação humana que seja a causa de um resultado proibido, a conduta será típica. A culpabilidade, enquanto responsabilidade pelo resultado, tem como elementos: a imputabilidade e a imputação do resultado que ocorre quando o agente previu o resultado (dolo) ou quando não previu, embora pudesse prever (culpa).

---

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal. Parte geral*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. p. 96.

<sup>7</sup> CARRARA, Francesco. *Programa...* p. 100.

<sup>8</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. p. 217.

A culpa *stricto sensu* tem dois elementos: 1) a falta de precaução e 2) a falta de previsão. Em relação à falta de precaução (inobservância do dever de cuidado), o autor deixa claro que a medida de cuidado é determinada segundo critérios objetivos. A contribuição de Liszt ao tema proposto relaciona-se à falta de previsão do resultado. Segundo mencionado autor, a previsibilidade do resultado dever ser tomada segundo as condições mentais do agente. Para Liszt a medida da previsibilidade é subjetiva.<sup>9</sup>

Mesmo com a contribuição de Liszt, a culpa era predominantemente objetiva. O tipo penal se restringia ao nexos causal entre ação e resultado, e na culpabilidade, as questões pessoais do agente poderiam ser tratadas no âmbito da previsibilidade.

Com a obra de Goldschmidt foi possível desenvolver um pouco mais as condições pessoais do agente. O referido autor desenvolveu a distinção entre norma imperativa e norma de dever.<sup>10</sup> O jurista destaca que ao lado de cada norma imperativa, que regula uma conduta exterior, existe uma norma de dever, que determina que as pessoas se motivem de acordo com as expectativas jurídicas. A existência da norma de dever, individual, permite tratar com respaldo metodológico as condições pessoais do agente no delito culposos.

Na atualidade, a discussão acerca das condições pessoais do agente ganhou algum destaque, sobretudo na doutrina italiana.<sup>11</sup> No entanto, o crime culposos continua a ser tratado de maneira predominantemente objetiva, onde a imputação objetiva do resultado e a delimitação do dever de cuidado (feito de maneira majoritariamente objetiva) são os grandes temas. Diante disso, Donini ressalta, com razão, que nos últimos cinquenta anos a doutrina se ocupou de problemas referentes à imputação objetiva e de elementos objetivos alheios às

---

<sup>9</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito...* p. 291.

<sup>10</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo c. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: Editorial ID de F, 2002.

<sup>11</sup> Na doutrina italiana foram desenvolvidos diversos trabalhos monográficos sobre a posição das condições pessoais do agente no crime culposos. Nesse sentido, por exemplo: CANEPA, Andrea. *L'imputazione soggettiva della colpa*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. GROTTI, Marco. *Principi di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012. PERIN, Andrea. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpevolezza. Proposta per un metodo di giudizio*. Napoli: EditorialeScientifica – Napoli, 2020.

questões subjetivas, o que, na prática, reduz o delito culposo à análise da antinormatividade da conduta.<sup>12</sup>

Questões objetivas como o nexo causal e imputação objetiva do resultado são fundamentais para resguardar o princípio da responsabilidade pelo fato próprio, que é essencial no Direito Penal. Contudo, não dizem nada acerca do autor do fato. No Direito Penal de caráter humanista e garantista, a responsabilidade penal deve ser balizada também pelo princípio da culpabilidade.

De modo geral, a culpa *strictu sensu* é estruturada sob o binômio previsibilidade/evitabilidade.<sup>13</sup> Assim, para responsabilizar alguém a título de culpa é necessário que o resultado, provocado pela ação do agente, seja previsível e evitável mediante a prática de uma conduta alternativa nos moldes do cuidado exigido. Importa destacar que a previsibilidade consiste no pressuposto da evitabilidade, na medida em que somente é evitável aquilo que é previsível.

A previsibilidade/evitabilidade consiste, em síntese, em uma prognose *ex-ante* sobre o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, e que varia de acordo com a valoração feita pelo julgador de acordo com os parâmetros adotados. Esta prognose pode ser feita considerando as condições pessoais do agente ou não.

Para ilustrar o tema/problema da presente tese vale destacar um caso citado por Vitório de Francesco<sup>14</sup>: Uma camponesa, analfabeta, vai com o filho pequeno visitar a capital do país. Ela nunca havia andado de metrô e, por isso, não sabia que a porta se fecha automaticamente após certo tempo. Na primeira

---

<sup>12</sup> DONINI, Massimo. *L'elemento soggettivo della colpa. Grazie e sistematica. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Fasc. 1- Gennaio-Marzo 2013. Milano: Giuffrè Editore, 2013. p. 125.

<sup>13</sup> Diversos autores fazem menção à previsibilidade e evitabilidade no âmbito do crime culposos. Nesse sentido: BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento Processuale della colpa genérica. Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012. Sobre o tema, afirma Grotto que "è piuttosto pacifico che la regola cautelare debba essere identificata partendo dall'evento attraverso criteri di prevedibilità ed evitabilità." (GROTTO, Marco. *Principi di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012. p. 153).

<sup>14</sup> DE FRANCESCO, V. *Sulla misura soggettiva della colpa*. Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche, [S. l.], v. 30, p. 273–343, 2021. DOI: 10.14276/1825-1676.822. Disponível em: <<https://journals.uniurb.it/index.php/studi-A/article/view/822>>. Acesso em: 27 de novembro de 2021. p. 278.

vez que entra no metrô, ela permite que o filho fique próximo à porta. Ao fechar automaticamente, a porta ocasiona lesões na criança.

No caso acima é necessário avaliar, para atribuir eventual responsabilidade à mãe, se o resultado era previsível/evitável. Se forem consideradas as condições pessoais da mulher (analfabeta, nunca havia andado de metrô...) chega-se à conclusão de que o resultado não é previsível/evitável. Logo, não há que se falar em fato típico.

De outro modo, se as condições pessoais da mulher não forem valoradas, a conclusão pode ser diferente. Partindo de um *standard* objetivo, que tem o homem médio como parâmetro, a conduta da mulher é previsível/evitável. Ora, um homem prudente e criterioso, além de se informar acerca do funcionamento da porta, não deixa o filho pequeno perto da porta.

Outro critério que pode ser utilizado para estabelecer um agente modelo é o critério da melhor ciência e experiência. Nesse sentido, o agente modelo também se informaria acerca do funcionamento da porta e não deixaria o filho pequeno próximo à abertura. Desse modo, o resultado provocado pela mulher é previsível/evitável, e poderia implicar na responsabilização a título de culpa.

Um quarto critério que também pode ser utilizado para estabelecer o agente modelo é o *homo eiusdem professionis et condicionis*. Nesse caso, é utilizado como agente modelo um homem nas condições que se encontrava o autor do fato. A questão aqui é definir quais as condições do autor do fato são levadas em consideração para definir o modelo. Quanto mais condições do autor do fato forem utilizadas, mais se aproximará de um critério considerado como subjetivo. Assim, a depender das condições consideradas, a conduta da mulher pode ou não ser previsível/evitável.

Diante do exposto, a análise da previsibilidade/evitabilidade no âmbito do injusto culposos pode ser realizada considerando as condições pessoais do agente (posição individualizadora) ou desconsiderando-as (posição generalizadora).

Importa destacar que diversos autores que enfrentam o tema proposto adotam uma ou outra posição, mas sem utilizar as denominações utilizadas na presente tese.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Nesse sentido: FEIJOÓ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudência*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2001. GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza,...* JESCHECK, Hans-Heinrich;

Alguns autores, como Bacigalupo,<sup>16</sup> preferem utilizar os termos “teoria objetiva” e “teoria subjetiva”. Esta não é a melhor nomenclatura para se referir às condições pessoais do agente.

As expressões objetivo e subjetivo podem ser compreendidas em um sentido epistêmico e em um sentido ontológico.<sup>17</sup> Epistemologicamente, objetivo e subjetivo são predicados de um determinado juízo. No juízo subjetivo a verdade ou falsidade de determinada proposição depende de certas atitudes, sentimentos e pontos de vista daqueles que estão proferindo-o. Os juízos objetivos, ao contrário, não dependem das atitudes, sentimentos e pontos de vista daqueles que o estão proferindo.

Do ponto de vista ontológico, objetivo e subjetivo são predicados de entidades e imputam modos de existência.<sup>18</sup> Explica Searle que uma dor é, ontologicamente, subjetiva porque seu modo de existência depende que sejam sentidas pelo sujeito. Já as montanhas são, ontologicamente objetivas pois existem independente de qualquer receptor ou estado mental.<sup>19</sup>

Os termos escolhidos por Bacigalupo e outros autores podem gerar alguma confusão. O primeiro ponto que pode causar estranheza é a ausência de clareza quanto ao sentido dos verbetes objetivo e subjetivo. Esses vocábulos não devem ser utilizados para valorar ou determinar a existência das condições pessoais do agente. Isso porque as condições pessoais do agente, tanto em sentido epistêmico quanto ontológico, podem ser objetivas ou subjetivas.

Ademais, a utilização da expressão teoria subjetiva transmite a ideia de que, na culpa, assim como no dolo, existe um tipo subjetivo, o que é aceito por uma parte minoritária da doutrina.<sup>20</sup> A expressão teoria subjetiva também pode

---

WEIGEND, Tomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 622. De outro modo, adotam a denominação utilizada na presente tese: D’AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

<sup>16</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996. p. 214.

<sup>17</sup> Nesse sentido: SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antônio Domenech. Barcelona: Paidós, 1995. p. 27. O autor ainda afirma que, do ponto de vista epistêmico, subjetividade e objetividade podem ser graduáveis (SEARLE. *La construcción ...* p. 27).

<sup>18</sup> SEARLE. *La construcción ...* p. 27.

<sup>19</sup> SEARLE. *La construcción ...* p. 27.

<sup>20</sup> Nesse sentido: STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo del delito imprudente*. Trad. Joaquín Cuello Contreras. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. V. 40, fasc 2, p.423-449, 1987.

passar a errada impressão de que a norma de cuidado depende da disposição de uma pessoa em ser cuidadosa, o que não é aceito por nenhum autor.

É comum encontrarmos autores que delimitam as regras de cuidado com base nas condições pessoais do agente e ainda assim utilizam a expressão dever objetivo de cuidado.<sup>21</sup> Isso ocorre porque, como sustenta Bernardo Feijó,<sup>22</sup> as questões pessoais do agente, isto é, seus dados subjetivos, devem ser avaliados através de aspectos objetivos.

Diante dos apontamentos acima, e por uma questão de clareza conceitual, a presente tese usará as expressões “posição generalizadora” e “posição individualizadora”. Para a primeira posição (generalizadora), as condições pessoais do agente devem ser analisadas na culpabilidade; de outro modo, para a segunda posição (individualizadora), as condições pessoais do agente devem ser analisadas já no tipo penal.

A opção entre uma e outra posição tem diversas implicações teóricas e práticas no que tange ao crime culposo, como evidenciado pelo caso citado anteriormente. A adesão a uma das teorias referidas, além de afetar a estrutura do injusto culposo, afeta, também, a estrutura da culpabilidade dos delitos culposos, já que, caso se adira à teoria individualizadora, as condições do agente, que seriam analisadas na culpabilidade, são exploradas já no tipo, devendo a culpabilidade ser reestruturada.

A posição sistemática das condições pessoais do agente também vai interferir no princípio da confiança, nas causas que excluem a ilicitude e na avaliação do erro, dentre outras consequências.

## **1.2 Função, funcionalismo e sistema**

Como asseverado na introdução deste trabalho, a solução do problema analisado é obtida aplicando a tese de Searle acerca da criação dos fatos institucionais. Diante disso, é importante definir os conceitos de função, funcionalismo e sistema que são elementos importantes tanto na obra de Searle, quanto no Direito Penal.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito Imprudente...*

<sup>22</sup> FEIJOÓ, Bernardo. *Resultado...* p. 106.

O vocábulo função pode ser utilizado com diversos significados. Na medida em que a presente tese se propõe a solucionar o problema proposto a partir da função desempenhada pela culpabilidade, é importante determinar com qual significado a palavra “função” será utilizada.

Na Matemática a função consiste em uma relação entre duas variáveis. Basicamente, a função indica que existe uma relação entre dois conjuntos onde a todo elemento de um conjunto corresponde um único elemento de um segundo conjunto. Esquemáticamente, afirma-se que para cada valor de  $x$ , podemos determinar um valor de  $y$ , de modo que “ $y$  está em função de  $x$ ”.

Na Biologia que, inicialmente, inspirou os estudos sociológicos sobre função, é possível definir função como a ação que um elemento, órgão ou sistema, desempenha para a conservação de um ser vivo.

Para presente tese o significado do verbete “função” dever ser buscado na Sociologia. A opção pela Sociologia se dá por três motivos: O primeiro motivo é o estágio de desenvolvimento da Sociologia em relação ao conceito de função. Desde Spencer,<sup>23</sup> no final do século XIX, que a Sociologia estuda e discute o conceito de função. O segundo argumento é que Sociologia e Direito fazem parte das denominadas Ciências Sociais Aplicadas, o que implica em certa proximidade metodológica e justifica a busca pelo conceito de função na Sociologia. O terceiro motivo diz respeito à influência que as teorias sociológicas exerceram no nascimento do funcionalismo enquanto método jurídico.

Na Sociologia, o funcionalismo, que tem sua origem na Biologia, consiste em um método científico que estuda os elementos a partir da função atribuída a eles dentro de um sistema. Com efeito, a compreensão do funcionalismo perpassa a compreensão dos conceitos de função e de sistema. Esses conceitos

---

<sup>23</sup>SPENCER, Herbert. *Princípios de sociologia*. T. II. Trad. Eduardo Cazorla. Madrid: Saturnini Calleja, 1883. A afirmação de que a Sociologia estuda o conceito de função desde Spencer se baseia na obra de Florestan Fernandes. O referido autor inicia o estudo histórico do conceito de função a partir da obra, nitidamente organicista, de Spencer. (FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972. p. 187). Para Florestan Fernandes é após a obra de Spencer que se inicia o período organicista do estudo das funções. Num segundo momento tem-se o desenvolvimento e aprimoramento do conceito de função, que se inicia com Durkheim. (FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos ...* . p. 190).

serão expostos abaixo nos seus aspectos que são relevantes para o desenvolvimento da presente tese.

O conceito de função ganha relevância quando compreendido como parte de um sistema. É por este motivo que, antes de definir um conceito para função, é fundamental discorrer acerca da denominada Teoria Geral dos Sistema (TGS). Para tanto, serão utilizados autores que desenvolveram o tema no âmbito da Sociologia e Antropologia.

A ideia de sistema pode ser encontrada já em Aristóteles, quando o filósofo grego ensina que o todo é mais que mera soma das partes.<sup>24</sup> Na Era Moderna o conceito de sistema (e função) ganha relevo a partir dos trabalhos de Spencer,<sup>25</sup> Durkheim<sup>26</sup> e Reginald Radcliffe-Brown.<sup>27</sup>

A análise acerca dos sistemas será dividida em três momentos de sua evolução histórica.

Em um primeiro momento, que pode ser denominado de período clássico da Sociologia, a compreensão dos sistemas era inspirada na Biologia. Partia-se da premissa de que a sociedade é um sistema onde existem diversas diferenciações funcionais, tal como ocorre nos seres vivos.<sup>28</sup>

Radcliffe-Brown,<sup>29</sup> que também segue a linha organicista, compreende a sociedade como um sistema dotado de vida e que deve ser compreendido através da relação entre as partes que o compõem.

Durkheim também toma como referência os organismos vivos para discorrer sobre os fenômenos sociais normais e anormais. No entanto, referido autor se afasta um pouco da sociologia organicista na medida em que entende que não é possível abstrair do estudo dos sistemas as consequências advindas da realização das funções. Durkheim compreende a sociedade como um sistema

---

<sup>24</sup> Conceito extraído do livro VIII da *Metafísica*. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livros VII e VIII. Tradução: Lucas Angioni. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.

<sup>25</sup> SPENCER, Herbert. *Princípios de sociologia*. T. II. Trad. Eduardo Cazorla. Madrid: Saturnini Calleja, 1883.

<sup>26</sup> DURKEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>27</sup> RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura e función en la sociedad primitiva*. Trad. Angela Perez. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, 1986.

<sup>28</sup> Nesse sentido: SPENCER, Herbert. *Princípios...*, p. 02-03.

<sup>29</sup> RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura e función...*

social com caráter próprio e atribui funções específicas a cada instituição social e estuda suas consequências na sociedade.

Um segundo momento do estudo dos sistemas é caracterizado pela criação da Teoria Geral dos Sistemas (T.G.S). A expressão é atribuída ao médico e bioquímico austríaco Bertalanffy<sup>30</sup> na obra denominada “Teoria Geral dos Sistemas”, cuja primeira edição ocorreu em 1968. O autor define o sistema como um conjunto de elementos que se relacionam entre si e com o mundo.

A originalidade da obra de Bertalanffy é a tese, defendida na citada obra, que existem regras gerais e universais para todos os sistemas.

Após analisar os sistemas desenvolvidos na Física, na Biologia e nas Ciências Sociais,<sup>31</sup> o autor acentua que “existem modelos, princípios e leis aplicáveis a sistemas generalizados ou à suas subclasses, sem importar seu gênero particular”.<sup>32</sup> Por isso, a criação de uma denominada Teoria Geral dos Sistemas.

Neste segundo momento do estudo dos sistemas é importante a obra de Talcott Parsons, considerado um estrutural funcionalista. O autor é considerado o grande teórico do funcionalismo, a ponto de José Maurício Domingues considerar que com Parsons ocorreu a apoteose do funcionalismo.<sup>33</sup>

A obra mais conhecida do autor, que foi escrita em sua segunda fase, é denominada “O Sistema Social”.<sup>34</sup> Nesse livro o autor discorre sobre um sistema geral de ação que está constituído por quatro subsistemas, a saber: cultural, social, biológico e de personalidade.

Talcott Parsons, como já mencionado, é considerado um estrutural funcionalista na medida em que o conceito de estrutura é fundamental em sua teoria e é mantido em todo e qualquer sistema. Para o autor, o sistema social é definido como uma pluralidade de atores individuais que interagem entre si. Por

---

<sup>30</sup> BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los sistemas*. Trad. Juan Almela. México: Ed. Fondo de cultura econômica, 1989.

<sup>31</sup> BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los sistemas*... p. 30 e ss.

<sup>32</sup> BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los sistemas*... p. 32.

<sup>33</sup> DOMINGUES, José Maurício. *A sociologia de Talcott Parsons*. Coimbra: Annablume, 2012. p. 59.

<sup>34</sup> PARSONS, Talcott. *El Sistema Social*. Trad. José Cazorla Pérez, Jiménez Blanco. Madrid: ALIANZA EDITORIAL, 1999.

sua vez, esse sistema é composto por uma série de estruturas (subsistemas) e que funcionam de modo interdependente. Assim, a família, o sistema político, o sistema jurídico, dentre outros, consistiriam nas estruturas, ou subsistemas, do sistema social.

Já o conceito de função, que é subordinado ao conceito de estrutura, consiste no conjunto de ações dirigidas à manutenção e estabilidade do sistema.

O terceiro momento do estudo dos sistemas é denominado como paradigma da complexidade. Até então o estudo dos sistemas era centrado na análise de suas estruturas, na relação entre seus elementos e na relação entre o sistema e seu entorno. Nesse terceiro momento, devido à teoria dos sistemas autopoieticos, os estudos se direcionam à autoprodução e a auto-organização dos sistemas.

Esse momento pode ser bem ilustrado com a obra de Maturana/Varela.<sup>35</sup> O autor chileno, que desenvolve seus estudos iniciais na área da medicina e da biologia, defende que os seres vivos são seres autopoieticos. Para Maturana os seres vivos são redes fechadas de produção de seus componentes.<sup>36</sup> A contínua produção e renovação de seus componentes é o que caracteriza os seres vivos. Com efeito, quando Maturana afirma que os seres vivos são sistemas autopoieticos ele quer dizer que os seres vivos são organizados de modo que, continuamente, estão renovando seus elementos. Esta organização é interrompida somente com a morte.

Tendo em vista que a característica da TGS é estabelecer regras válidas para todos os sistemas, Maturana aplica suas conclusões acerca da autopoiese aos sistemas sociais. Assim, um sistema social também seria um sistema fechado onde seus membros estão em constante renovação.

---

<sup>35</sup> MATURANA, H.R., VARELA, F.J. *De máquinas y seres vivos*. Santiago: Editorial Universitária, 1972.

<sup>36</sup> MATURANA, Humberto. Biologia do fenômeno social. *In A ontologia da realidade*. Trad. Miriam Garciano. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 197. De maneira mais profunda conferir: MATURANA, H.R., VARELA, F.J. *De máquinas y seres vivos*. Santiago: Editorial Universitária, 1972.

É nesse contexto que se insere, por exemplo, a obra de Luhmann,<sup>37</sup> e que exerce grande influência no direito penal devido ao funcionalismo sistêmico de Jakobs e seus seguidores da denominada Escola de Bonn. Para Luhmann os sistemas são autopoieticos, autorreferenciais e operacionalmente fechados.

É dentro da ideia de sistema que se insere o conceito de função. Assim, o conceito de função sempre se relaciona com o sistema. Este é o primeiro e mais importante passo para definir o conceito de função.

Segundo Durkheim, a palavra função é usada de duas maneiras, “ora designa um sistema de movimentos vitais, fazendo-se abstração de suas consequências, ora exprime a relação de correspondência que existe entre estes movimentos e algumas necessidades do organismo”.<sup>38</sup> Considerando que Durkheim entende que não é possível estudar os sistemas sem analisar as consequências, é fácil concluir que ele adota o segundo conceito de função, de modo que a função de uma instituição social é a correspondência entre ela e as necessidades dos sistema.

Radcliffe-Brown<sup>39</sup> aprimorou o conceito de função de Durkheim. Inicialmente, Brown adverte que não se deve confundir necessidade com finalidade. O autor substitui o termo necessidade por condições necessárias de existência. Assim, função significa o papel desempenhado por determinado elemento do sistema que visa atender às necessidades existências do sistema.<sup>40</sup>

Brown chama a atenção para três aspectos que são relevantes. O primeiro aspecto é a continuidade de uma sociedade depende da continuidade de seu funcionamento. O segundo aspecto é que a persistência de um elemento do sistema depende da persistência das funções que ele possa exercer. Por fim, sustenta o antropólogo inglês que deve existir uma harmonia e coerência entre os elementos como condição de operabilidade do sistema.

---

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antrhopos-Universidad Iberoamericana, 1997.

<sup>38</sup> DURKEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 15.

<sup>39</sup> RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura e función en la sociedad primitiva*. Trad. Angela Perez. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, 1986. p. 203.

<sup>40</sup> RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura e función...* p. 203.

Saindo do campo da Sociologia e entrando em aspectos filosóficos, é importante destacar que uma função não consiste em uma característica intrínseca de determinado elemento ou fenômeno. Logo, todas as funções são atribuídas pelo ser humano. Ou seja, as funções desempenhadas pelos elementos são sempre relativas a um observador.<sup>41</sup>

Quando se afirma que a função de X é Z, X e Z fazem parte de um mesmo sistema definido por objetivos e valores por um observador. A atribuição de função depende da consciência, de modo que, salvo a parte da natureza consciente, o restante da natureza desconhece por completo a noção de função. O autor se vale do exemplo de um coração. A Biologia pode sustentar que a função intrínseca do coração é bombear sangue. A função de bombear sangue é descoberta pelo ser humano, mas somente faz sentido falar em função de bombear sangue dentro de um conjunto de sistemas valorativos.

É comum na Biologia se afirmar que as funções são elementos intrínsecos na natureza. Na Biologia é possível definir a função nos seguintes termos esquemáticos:

A função de X é Z .

X existe porque existe Z.

Z é uma consequência da existência de X.

Searle analisa o esquema acima valendo-se do exemplo de um coração. A função do coração é bombear sangue porque ele bombeia sangue. Nesses termos, a atribuição de uma função não mais dependeria de um observador externo. No entanto, é fácil perceber que existe, neste caso, uma confusão entre função e nexos causal. No esquema acima, a função é reduzida a uma relação de causa e efeito. Ora, função e nexos causal são conceitos científicos absolutamente diferentes.

Ainda no exemplo do coração, de fato sua função é bombear sangue, mas não simplesmente em razão da relação causal, mas sim porque o ser humano atribuiu um propósito à relação causal de bombear sangue.

---

<sup>41</sup> Nesse sentido: Searle, *La Construcción...* p. 33.

Posto que as funções são atribuídas por um observador, é possível classificá-las em agentivas e não agentivas.<sup>42</sup> As funções agentivas são funções dadas intencionalmente pelos agentes, observadores externos. Por exemplo: a função atribuída a uma certa quantidade de madeira para servir como mesa.

Já as funções não agentivas são aquelas que se referem a processos causais naturais e o observador atribui um propósito. Por exemplo: a função do coração é bombear sangue. Dentro das funções agentivas algumas são denominadas de funções agentivas representativas. Nesse caso atribui-se a determinado elemento a função de representar alguma outra coisa. Por exemplo: o desenho feito em um papel pode ter a função de representar um time de futebol.

O funcionalismo, enquanto método, foi originariamente desenvolvido na Biologia e trabalhado, inicialmente, na Sociologia. No método funcionalista os elementos de um sistema são analisados a partir da função que eles desempenham dentro do sistema.

Modernamente, o funcionalismo exerce grande influência no direito penal. Nesse sentido, “a estrutura do delito depende dos fins e funções que cumpre o Direito na sociedade”.<sup>43</sup>

No direito penal o funcionalismo, enquanto método, ganhou importância a partir da superação do finalismo e suas categorias ontológicas ou logico-reais. Embora existam diversos “funcionalismos”, é possível afirmar que autores funcionalistas partem da premissa que os institutos jurídico-penais não devem ser vinculados às estruturas lógico-reais, como proposto por Welzel, mas devem estar orientados pelas funções desempenhadas pelo direito penal.

Existem duas vertentes principais do funcionalismo penal: o funcionalismo teleológico, cujo principal autor é Roxin, e o funcionalismo sistêmico de Jakobs.

No sistema de Roxin, apresentado no livro “Política criminal e sistema do direito penal”,<sup>44</sup> a função desempenhada pelo Direito Penal é a proteção de bens

---

<sup>42</sup> Nesse sentido: Searle, *La Construcción...* p. 38.

<sup>43</sup> MONTEALEGRE, Eduardo LYNETT. *El funcionalismo em derecho penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2003. p 9.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

jurídicos através da prevenção geral ou especial. Para Roxin, a dogmática penal é permeada por princípios de política criminal, de modo que os institutos jurídicos penais devem desempenhar uma função que é assinalada pela política criminal.<sup>45</sup>

Em linhas gerais, para Roxin, o tipo penal tem a função de materializar o princípio da legalidade, a ilicitude tem a função de solucionar conflitos sociais, e a culpabilidade, que Roxin denomina de responsabilidade, tem a função de definir quando um comportamento deve ser punido, tendo em vista as questões a prevenção geral e especial.<sup>46</sup>

Outra vertente do funcionalismo penal é o funcionalismo sistêmico de Jakobs. O sistema de Jakobs é influenciado pela obra de Luhmann que, por sua vez se insere, como já acentuado, em um terceiro momento da TGS cujo início remonta à obra de Maturana. Jakobs é influenciado pelos sistemas autopoieticos de Maturana e pela teoria de Luhmann no que concerne às expectativas criadas nas interações sociais.

Jakobs considera o Direito Penal um sistema fechado que se autorregula e se autorreproduz, de modo que questões ontológicas são irrelevantes. O Direito Penal, dentro de um sistema social, tem como função reafirmar as expectativas de condutas cuja decepção decorre da prática delitiva. A partir destas considerações é que Jakobs funcionaliza os conceitos jurídico penais.

### **1.3 Função e a criação dos atos institucionais: a tese de John Searle**

Como acentuado no item anterior, os conceitos de sistema, função e funcionalismo são amplamente utilizados na Sociologia e, mais recentemente

---

<sup>45</sup> Nesse sentido acentua Roxin que “*Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt.*” (ROXIN, Claus. *Política Criminal...*, p. 47).

<sup>46</sup> Nesse sentido: GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. Revista brasileira de ciências criminais. v. 32. p. 120-163. p. 124. Sobre o funcionalismo teleológico: GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

(se comparado à Sociologia), nas Ciências Jurídicas, sobretudo no Direito Penal. Contudo, as obras desenvolvidas no campo da Sociologia e do Direito não explicam satisfatoriamente questões fundamentais no que se refere à função, tais como: 1) qual a importância do conceito de função, e 2) qual a relação das funções com os elementos ontológicos (objetivos ou subjetivos).

Esta deficiência, sobretudo em relação à Sociologia, foi percebida por John Searle. Nesse sentido, autor destaca que:

*“Puesto que esas cuestiones tienen que ver con lo que podrían considerarse problemas de fundamentación de las ciencias sociales, podría suponerse que habrían sido planteadas y resueltas ya en las varias ciencias sociales, y en particular por los grandes fundadores de las ciencias sociales en el siglo diecinueve y comienzos del veinte. Ciertamente no soy un experto en esa bibliografía, pero hasta donde alcanzo a decir, las cuestiones a las que me enfrento en este libro no han hallado una respuesta satisfactoria en las ciencias sociales”.*<sup>47</sup>

Diante disso, John Searle, filósofo da linguagem, desenvolve sua tese para explicar as referidas questões. A tese de Searle será fundamental para a tomada de posição na presente tese e, por isso, será explicada nos parágrafos a seguir.

A obra em que Searle desenvolve sua tese acerca da criação dos fatos institucionais é denominada *“The Construction of Social Reality”* (1995).<sup>48</sup> O ponto de partida do referido autor é o que ele denomina de realismo externo (R.E). Para ele existem fatos que são absolutamente independentes das representações humanas. Explica Searle que *“El mundo (o la realidad, o el universo) existe independientemente de nuestras representaciones del mismo. Llamo a esta concepción «realismo externo»”*.<sup>49</sup> Com efeito, existe um mundo real independente dos nossos pensamentos e dos nossos discursos.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> SEARLE, John. *La construccion...* p. 18

<sup>48</sup> Para a elaboração da presente tese foi utilizada a tradução para o espanhol: SEARLE, John R. *La construccion de la realidad social*. Trad. Antônio Domenech. Barcelona: Paidós, 1995.

<sup>49</sup> SEARLE, John. *La Construccion...* p. 160.

<sup>50</sup> Para corroborar a tese realista Searle se vale de três argumentos: o argumento da relatividade conceitual, o argumento verificacionista e o argumento de *Ding na sich*. (SEARLE, John. *La construccion...* p. 169-184). Ainda sobre os argumentos utilizados por Searle, conferir: DOTTORI, Ariel O. *La ontología de lo social: Una aproximación a partir de John Searle* Tesis de posgrado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En

Conforme esclarece Searle, o uso da metáfora “externo” se dá para destacar que existe uma realidade fora do sistema de representações humanas.<sup>51</sup>

Dois pontos da concepção realista de Searle devem ser destacados para a melhor compreensão da obra do autor. O primeiro aspecto que deve ser esclarecido é a relação entre a existência de um mundo independente das representações humanas (composto pelos fatos brutos) e a linguagem enquanto representação humana. Nesse aspecto destaca-se que, certamente, o uso da linguagem é necessário para enunciar os elementos da realidade externa. No entanto, os referidos elementos existem independentemente da linguagem, ou seja, a linguagem não cria os elementos da realidade externa.

Outro ponto importante a ser destacado é a relação em realismo externo e a concepção de que há uma realidade ontologicamente objetiva. Para Searle a tese do realismo externo e a tese da existência de uma realidade ontologicamente objetiva não devem ser confundidas pois não são exatamente equivalentes.<sup>52</sup>

Como já acentuado, o realismo externo compreende que existe uma realidade independente das representações humanas. Já a tese da existência de uma realidade ontologicamente objetiva significa que existe uma realidade completamente independente da mente humana. As duas teses são diferentes e a diferença se dá em relação aos estados mentais, como a dor, por exemplo.

Para Searle os estados mentais existem independentemente das representações humanas. Nesse sentido, a dor existe independente da representação humana sobre a dor e por isso faz parte da realidade externa. Já para a tese da realidade ontologicamente objetiva, a dor, por ser dependente da mente humana. Não faz parte da realidade ontologicamente objetiva.

Na obra de Searle, a realidade externa é compreendida tanto pelo que é ontologicamente objetivo quanto pelo que é ontologicamente subjetivo. A importância do realismo na obra do autor consiste no fato que sem ele não é

<sup>51</sup> SEARLE, John. *La construction...* p. 163.

<sup>52</sup> SEARLE, John. *La construction...* p. 161

possível se falar em fatos brutos e nem na criação dos fatos institucionais a partir dos fatos brutos.

Tendo como pano de fundo o realismo externo, Searle passa a conceituar os fatos brutos, sociais e institucionais que são conceitos fundamentais na teoria desenvolvida por ele.

Na obra denominada “Atos de fala”,<sup>53</sup> o referido autor conceitua os fatos brutos, fatos sociais e fatos institucionais.

Searle acentua que alguns fatos independem da representação humana e de suas instituições para sua existência. Quando se diz “esta pedra está do lado da outra” ou “tenho uma dor”, esses fatos possuem uma característica em comum.<sup>54</sup> Essa característica em comum é que tais fatos independem das instituições humanas para existirem. Explica Searle que:

*“el modelo de conocimiento sistemático de este género es el de las ciencias naturales, y las bases para todo tipo de conocimiento de este genero se supone que son simples observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales”.*<sup>55</sup>

Esses fatos são chamados, pelo autor, de fatos brutos. Os fatos brutos, como acentuado, não necessitam das instituições humanas para existirem. No entanto, o autor explica que os fatos brutos necessitam da linguagem, instituição humana, para serem anunciados, mas é necessário distinguir o fato enunciado do enunciado do fato. Com efeito, os fatos brutos existem independente da linguagem humana, mas precisam da linguagem para serem anunciados.<sup>56</sup>

Os fatos sociais são aqueles fatos que dependem de acordo humano para existirem. Por exemplo, dois homens empurrando um carro consiste em um fato social na visão de Searle.

---

<sup>53</sup> SEARLE, John. *Actos de habla*. Ensayo de filosofía del lenguaje. Trad. Luis M. Valdes Villanueva. Barcelona: Editorial Planta De Agostini, 1994.

<sup>54</sup> SEARLE, John. *Actos de habla*.... p. 58.

<sup>55</sup> SEARLE, John. *Actos de habla*... p. 59.

<sup>56</sup> Acentua Searle que “es obvio que grandes extensiones de lenguaje que aparentemente enuncian hechos no constan de conceptos que sean parte de esta representacion.” (SEARLE, John. *Actos de habla*... p. 59).

Uma espécie de fatos sociais e para os quais Searle dedica a maior parte de sua obra são os fatos institucionais. Os denominados fatos institucionais, ao contrário dos fatos brutos, necessitam de instituições humanas para existirem. Para exemplificar os fatos institucionais, Searle cita uma cerimônia de casamento, uma partida de futebol e a aprovação de lei pelo parlamento.<sup>57</sup> Todos esses fatos somente existem em razão das instituições humanas.

Para ilustrar a diferença entre fatos brutos e fatos institucionais, Searle se vale de um observador descrevendo um jogo de futebol americano.<sup>58</sup> É possível adaptar o exemplo de Searle para o “futebol” praticado no Brasil. Um observador extremamente capacitado, observando um jogo de futebol, usando dados estatísticos e inferências dedutivas, poderia descrever o tamanho do campo, que dez homens usam a camisa de uma cor e outros dez usam a camisa de outra cor, que existem retângulos nas extremidades do campo. Contudo, para descrever corretamente um jogo de futebol, o observador deve se valer das instituições humanas (regras constitutivas). Só assim ele é capaz que compreender o conceito de gol, impedimento, falta, pênalti e outros.

---

<sup>57</sup> SEARLE, John. *Actos de habla...* p. 59.

<sup>58</sup> Para ilustrar, vale transcrever o exemplo de Searle: “*Imaginémonos un grupo de observadores altamente preparados que describen un partido de rugby haciendo solamente enunciados sobre hechos brutos. ¿Qué podrían decir a modo de descripción? Bien, dentro de ciertas áreas podrían decirse bastantes cosas e incluso podrían formularse ciertas 'leyes' utilizando técnicas estadísticas. Por ejemplo, podernos imaginar que después de un período de tiempo nuestro observador descubriría la ley de la agrupación periódica: a intervalos estadísticamente regulares organismos con camisetas del mismo color se agrupan de una manera aproximadamente circular (la mele). Además, a intervalos igualmente regulares, la agrupación circular es seguida por una agrupación lineal (los equipos se alinean para jugar), y el agrupamiento lineal es seguido por el fenómeno de la interpenetración lineal. Tales leyes tendrían carácter estadístico y no hay nada malo en ello. Pero no importa la cantidad de datos de esta clase que imaginemos que recogen nuestros observadores y tampoco importa la cantidad de generalizaciones inductivas que imaginemos que ellos hacen a partir de los datos; con todo, no habrían descrito el juego del rugby. ¿Qué es lo que le falta a su descripción? Lo que falta son todos aquellos conceptos que están respaldados por reglas constitutivas, conceptos tales como touchdown, fuera de juego, partido, puntos, etc., y consecuentemente, lo que falta son todos los enunciados verdaderos que pueden hacerse sobre el juego del rugby usando esos conceptos. Los enunciados que faltan son precisamente lo que describe el fenómeno que se desarrolla en el campo como un partido de rugby. Las otras descripciones, las descripciones de los hechos brutos, pueden explicarse en términos de hechos institucionales. Pero los hechos institucionales pueden explicarse solamente en términos de las reglas constitutivas subyacentes.*” (SEARLE, John. *Actos de habla...* p. 60-61).

Referindo-se aos fatos institucionais, Searle conclui que “*son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas*”.<sup>59</sup>

Diante da caracterização dos fatos institucionais é importante destacar o que o autor quer dizer quando se refere às instituições humanas. Em diversas passagens Searle explica que se refere às instituições humanas como um conjunto de regras constitutivas.<sup>60</sup> Nesse sentido, as regras do jogo de futebol transformam onze homens correndo atrás de uma esfera em um jogo de futebol.

*En primer lugar, tenemos la institución que permite la creación de hechos institucionales a partir de hechos sociales y de hechos brutos. Esas instituciones consisten siempre en reglas constitutivas (prácticas, procedimientos) que tienen la forma «X cuenta como Y en el contexto C». No hay nada mágico en esta fórmula, y no pretendo hacer de ella un fetiche. El caso es que la intencionalidad colectiva impone un status especial a algún fenómeno, y con ese status, una función.*<sup>61</sup>

Outro conceito importante para o desenvolvimento da obra de Searle, e que também é fundamental para a presente tese, é o conceito de função, enquanto papel desempenhado por determinado elemento dentro de um sistema.

Na obra denominada “*Creando el mundo social*”,<sup>62</sup> o autor explica dois pontos sobre o conceito de função. Searle, destaca, inicialmente, que a diferença entre a realidade humana e a realidade social é a capacidade que o homem tem de atribuir funções a objetos e pessoas.<sup>63</sup> Com efeito, somente os seres humanos são capazes de atribuir funções a determinados objetos, por exemplo.

Searle ainda destaca que a execução de uma função dever ter origem em um *status* coletivamente reconhecido. Nesse sentido, importante destacar trecho da obra do autor:

<sup>59</sup> SEARLE, John. *Actos de habla...* p. 59.

<sup>60</sup> SEARLE, John. *Actos de habla...* p. 59.

<sup>61</sup> SEARLE, John. *La construcción...* p. 125

<sup>62</sup> SEARLE, John. *Creando el mundo social*. La estructura de la civilización humana. Trad. Juan Bostelmann. Barcelona: Paidós, 2010.

<sup>63</sup> SEARLE, John. *Creando el mundo social...* p. 22.

*“Los ejemplos están casi en todas partes: un trozo de propiedad privada, el presidente de Estados Unidos, un billete de veinte euros y un profesor universitario son todas personas u objetos capaces de cumplir ciertas funciones en virtud de que tienen un estatus colectivamente reconocido que les permite cumplirlas de una manera que no sería posible sin el reconocimiento colectivo de dicho estatus”.*<sup>64</sup>

A partir desses conceitos (realismo externo, fatos brutos, fatos sociais, fatos institucionais e função) é que Searle<sup>65</sup> constrói sua tese acerca da criação dos fatos institucionais no livro *“The Construction of Social Reality”*. A pergunta central que Searle busca responder é: como passamos da física das manifestações para os atos significativos de fala? Ou seja, como passamos dos fatos brutos (emissão de ruídos) para os fatos institucionais (a fala).

Searle propõe explicar a realidade social a partir de sua conexão com o mundo físico. Usando linguagem jurídica seria a conexão entre o ontológico e o normativo. A questão trabalhada por Searle refere-se a como um fato bruto se transforma em um fato institucional. Vejamos o exemplo citado por Searle em diversas passagens de uma nota de 20 dólares. O fato bruto é o pedaço de papel e o fato institucional é que aquele pedaço de papel representa determinado valor com o qual é possível realizar trocas. O autor procura explicar como um pedaço de papel se transforma em uma unidade monetária.

Embora Searle formule seus exemplos a partir de fatos brutos físicos é possível formular um exemplo a partir de estados mentais (fatos brutos não físicos). A tortura seria um exemplo. A transformação da dor (estado mental) em tortura (fato institucional) é feita através da atribuição de uma função à dor. Se a dor infligida a alguém tem como finalidade a confissão de um delito, a dor

---

<sup>64</sup> SEARLE, John. *Creando el mundo social...* p. 22.

<sup>65</sup> SEARLE, John. *La Construcción...* No prólogo da edição espanhola Antoni Doménech afirma que “La construcción de la realidad social” é uma réplica à conhecida obra de Peter Berger e Thomas Luckmann denominada “A construção social da realidade”. Nesta obra Berger e Luckmann sustentam que toda a realidade é uma construção social. (BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Tratado de sociologia do conhecimento. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Editora Vozes. Petrópolis, 2004). Todavia, Searle afirma que quando escreveu a referida obra sequer tinha notícia da obra de Berger e Luckmann. (SEARLE, John. «Reply to critics of The Construction of Social Reality», *History of the Human Sciences*, vol. 10, n.º 4 (noviembre 1997). Sobre o assunto, José Antônio Noguera assevera que “el libro de Berger y Luckmann es totalmente diferente del suyo en el título, el enfoque y el contenido, así como muy inferior en cuanto a formalización y rigor.” (NOGUERA, José Antônio. REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, ISSN 0210-5233, Nº 99, 2002, págs. 35-60. p. 36)

passar a desempenhar uma função o que a caracteriza como um fato institucional.

A transformação de fato bruto em fato institucional ocorre quando são acrescentados três elementos aos fatos brutos: a) a atribuição de uma função; b) a intencionalidade coletiva, e 3) a criação de regras constitutivas.<sup>66</sup>

O primeiro e mais importante passo na criação dos fatos institucionais é a atribuição de uma função. Explica Searle que:

*“En lo atinente a nuestras experiencias normales de las partes inanimadas del mundo, hay que decir que no experimentamos las cosas como objetos materiales, y mucho menos como colecciones de moléculas. Ocurre más bien que experimentamos un mundo de sillas y mesas, de casas y automóviles, de salas de lectura, de pinturas, calles, jardines, fincas, etc.”*

Os seres humanos atribuem aos fatos brutos funções que serão desempenhadas por eles. Quando se atribui ao fato bruto um papel que deve desempenhar dentro de um sistema está concretizado o primeiro estágio para a criação de fato institucional. Com efeito, fato institucional consiste, basicamente, no fato bruto que desempenha uma função.

De volta ao exemplo da nota de 20 dólares. Ao impor ao fato bruto, um pedaço de papel, a função de servir como base monetária para efetuar pagamentos, cria-se um fato social, o dinheiro.

Importa destacar que a função atribuída ao fato bruto é a função que vai ser desempenha pelo fato institucional, de modo que existe uma conexão entre fato bruto e fato institucional.

Os outros elementos necessários para a criação do fato institucional seriam intencionalidade coletiva e utilização de regras constitutivas. A intencionalidade coletiva refere-se ao fato que a função deve ser atribuída de maneira coletiva, e não por uma única pessoa. Já as regras constitutivas são importantes para diferenciar os fatos institucionais dentro conjunto de fatos

---

<sup>66</sup> SEARLE, John. *La Construcción...* p. 32.

sociais. Nesse sentido, para o autor existem dois tipos de regras: as regras constitutivas e as regras relativas.

Searle fornece outros exemplos para ilustrar sua tese: o primeiro seria uma linha de pedras em um determinado terreno. Se se atribuir àquela linha de pedras a função de delimitar dois países distintos temos uma fronteira.<sup>67</sup> Importa destacar que outros fatos brutos podem desempenhar a função de delimitar dois países, desde que tenham aptidão para desempenhar a função.

Em todos os exemplos citados por Searle dois pontos são destacados: a necessidade de um fato bruto e a atribuição de função. O trecho abaixo da obra de Searle serve para esclarecer:

*“En la base de esa jerarquía están fenómenos cuya existencia no tiene que ver con el acuerdo humano. Esto es otro modo de decir que cuando una función de status viene impuesta a algo, tiene que haber un algo al que se le impone. Si se impone a otra función de status, tiene que llegarse finalmente a la base fundacional de algo que no es ninguna forma de función de status. Así, por ejemplo, como ya dije, todo tipo de cosas pueden ser dinero, pero tiene que haber alguna realización física, algún hecho bruto -ya sea un mero retazo de papel, o una traza magnética en un disco de ordenador- al que se le pueda imponer nuestra forma institucional de función de status. No hay, pues, hechos institucionales sin hechos brutos”.*<sup>68</sup>

Sustenta o autor que não existe fato institucional que não tenha na origem em um fato bruto.

Diante do exposto acima, é possível destacar alguns pontos que, além de importantes na obra de Searle, são importantes para a presente tese, quais sejam: 1) todo fato institucional requer um mínimo de base ontológica, e 2) a conexão entre a base ontológica e o fato institucional é, principalmente, a atribuição de uma função.

Defende-se, nesta tese, que a tese de Searle acerca da criação dos fatos institucionais deve ser aplicada ao direito penal. Deste modo, após a exposição do tema problema desta tese que será feita no capítulo seguinte, no capítulo

---

<sup>67</sup> SEARLE, John. *La Construcción...* p. 56.

<sup>68</sup> Searle, *La Construcción...* p. 72.

quatro será aplicada a tese de Searle para solucionar o problema proposto nesta tese.

#### **1.4 As funções da culpabilidade e a evolução histórica**

Percebe-se pela exposição da tese de Searle feita no 1.3 que a conceito de função é essencial para a criação dos fatos institucionais. Nesse sentido, é importante analisar quais as funções que a culpabilidade desempenhou durante sua evolução histórica para ser possível aplicara a tese de Searle. Diante disso, optou-se no presente tópico por fazer breves considerações sobre a evolução histórica da culpabilidade com o intuito de destacar a função que ela desempenha em cada momento da evolução da teoria do delito.

Como ensina Luiz Luisi, o marco inicial para traçar a evolução histórica da culpabilidade são as obras dos pós-glosadores e práticos italianos do final da Idade Média, sobretudo Baldo de Perugia e Tibério Deciani. Foi com práticos e pós-glosadores que ocorreu a primeira tentativa de estabelecer um conceito comum que abrangesse dolo e culpa.<sup>69</sup> No entanto, no período dos glosadores e pós-glosadores não existia uma sistematização dogmática acerca da teoria do delito. Por este motivo o estudo da culpabilidade se iniciará com a Escola Clássica.

O principal sistematizador da Escola Clássica foi Francesco Carrara. Em relação à culpabilidade, o grande mérito de Carrara é explicar, de maneira clara e sistematizada, o que ele denominou de força moral, que é o início da concepção psicológica da culpabilidade. De acordo com os pressupostos da Escola Clássica, Carrara compreende o delito como um ente jurídico.

A existência do delito exige o concurso de dois elementos que, nas palavras de Carrara, produziriam “um choque do fato com a lei civil”.<sup>70</sup> Esses dois elementos são denominados de força física e força moral. A força física,

---

<sup>69</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p.35.

<sup>70</sup> Carrara, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, p. 77.

enquanto elemento objetivo, consiste na manifestação exterior do delito, destina a evitar a punição de meros pensamentos. É um movimento corpóreo que provoca um dano, efetivo ou potencial a outrem. A força moral, enquanto elemento subjetivo, é a vontade inteligente do homem.

A força moral, que seria o equivalente à culpabilidade, é constituída por quatro elementos: 1) conhecimento da lei; 2) previsão dos efeitos; 3) liberdade de escolha, e 4) vontade de agir. O concurso dos dois primeiros requisitos, que devem existir ao menos potencialmente, caracteriza a inteligência, e o concurso dos dois últimos, que devem ser atuais em relação ao fato, caracteriza a vontade. O concurso de inteligência e vontade caracteriza a intenção. Quando inteligência ou vontade de agir faltam, não há intenção. Desse modo, Carrara desenvolveu uma ideia embrionária do conceito psicológico de culpabilidade, que foi posteriormente desenvolvido pela concepção causalista.

O sistema causal naturalista de delito, ou sistema clássico ou, ainda, sistema Liszt-Beling-Radbruch, é estruturado sob o conceito de ação causalista. A ação no sistema causalista consiste, segundo Von Liszt, na mudança do mundo exterior referível à vontade do Homem.<sup>71</sup> No sistema causal a ação é destituída de elementos psíquicos. O conceito de ação causalista fundamenta a concentração de elementos objetivos no injusto e de elementos subjetivos na culpabilidade.

Nesse sistema de compreensão do delito, sob o paradigma do positivismo científico, a culpabilidade consiste no nexó psicológico entre o sujeito e o resultado de sua conduta. Com efeito, o dolo, aqui compreendido como *dolus malus*, e a culpa são espécies de culpabilidade, sendo a imputabilidade seu pressuposto. Adota-se a denominada teoria psicológica da culpabilidade.

Tal teoria foi alvo de inúmeras críticas. É possível citar como exemplo 1) a ausência de fundamentação e diferenciação entre dolo, intenção e imprudência e 2) a falta de explicação acerca da culpa inconsciente e a não compreensão da

---

<sup>71</sup> Afirma Von Liszt que "Acção é, pois, o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem acto de vontade não há acção, não há injusto, não há crime: *cogitationis panam nemo patitur*. Mas tambem não há acção, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado." (LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899. P. 193).

vontade viciada ou anormal. Contudo, o conceito psicológico de culpabilidade, além de destacar a culpabilidade como elemento do delito, estabeleceu funções<sup>72</sup> para ela, sendo a principal a subjetivação da responsabilidade penal.

A inegável que, a partir de Carrara, e no sistema causalista de compreensão do delito, a culpabilidade consistia no vínculo psicológico entre o autor do fato e o resultado sendo que dolo e culpa era seus elementos e a imputabilidade seu pressuposto. Nesse sentido, a origem histórica da culpabilidade está claramente relacionada à função de subjetivação da responsabilidade penal.

O desenvolvimento dos elementos normativos do tipo e dos elementos subjetivos do injusto deixou claro que o tipo penal não era meramente descritivo e a ilicitude não era meramente objetiva. Com a introdução do neokantismo no direito penal alemão surgiu o sistema neoclássico, também chamado de causalismo valorativo. Nesse sistema de compreensão do delito desenvolveu-se o conceito psicológico-normativo da culpabilidade.

Feuerbach,<sup>73</sup> que escreveu sua obra ainda no paradigma da Escola Clássica, é apontado como o precursor da normatização da culpabilidade.<sup>74</sup> Entretanto, foi Reinhard Frank<sup>75</sup> quem fundou a culpabilidade em bases normativas.

Frank parte da premissa que a relação psicológica (dolo ou culpa) é insuficiente para fundamentar a culpabilidade. Tal constatação é feita a partir da existência de delitos em que dolo ou culpa estariam presentes, mas o autor não seria culpável.<sup>76</sup> Essa situação ocorreria, por exemplo, no estado de

---

<sup>72</sup> Sobre as funções da culpabilidade, sobretudo na concepção de Jakobs, conferir: RIBEIRO: Thaísa Bernhardt Ribeiro. *Culpabilidade e função. Análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Gunther Jakobs*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. Disponível em: ([Microsoft Word - DISSERTA307AO COMPLETA](#)) ([usp.br](#))

<sup>73</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

<sup>74</sup> Nesse sentido: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980. p. 13.

<sup>75</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002.

<sup>76</sup> Nesse sentido, Frank esclarece que “*si el concepto de la culpabilidad no abarca nadamás que la suina de dolo e imprudencia -y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado-, podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad em el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.*” (FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura...*, p. 30).

necessidade exculpante.<sup>77</sup> Para explicar tais situações Frank desenvolveu a “normalidade das circunstâncias concomitantes”, capaz de excluir normativamente a culpabilidade e criando o conceito de reprovabilidade.

Para Frank são elementos da culpabilidade: 1) a imputabilidade; 2) o dolo ou a culpa, e 3) a normalidade das circunstâncias concomitantes.<sup>78</sup> Sobre a normalidade das circunstâncias concomitantes o autor explica que:

*“Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto. en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible; a sí. no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar”.*<sup>79</sup>

A teoria de Frank foi posteriormente desenvolvida por James Goldschmidt,<sup>80</sup> Berthold Freudenthal<sup>81</sup> e Edmund Mezger.<sup>82</sup> Cada um desses autores deu uma contribuição importante ao conceito de culpabilidade inaugurado por Frank. Goldschmidt desenvolveu a ideia de contrariedade ao dever, Berthold Freudenthal reforçou a identificação entre reprovabilidade e exigibilidade de outra conduta, e Edmund Mezger foi o grande sistematizador das ideias desenvolvidas até então.

---

<sup>77</sup> O código penal alemão prevê o estado de necessidade exculpante no parágrafo 35: “§ 35. Estado de necesidad disculpante: Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa um hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una 12 especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.

<sup>78</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la la estructura...*, p. 37.

<sup>79</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la la estructura...*, p. 37.

<sup>80</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo c. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: Editorial ID de F, 2002.

<sup>81</sup> FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. Gustavo E. Aboso. Buenos Aires: B de F, 2006.

<sup>82</sup> MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de derecho privado, Tomo II, 1949.

Em relação à função da culpabilidade no causalismo valorativo é importante destacar que, se na Escola Clássica e no causalismo a função de subjetivação da culpabilidade era o ponto central, no causalismo valorativo, com o avanço normativo, as funções relacionadas à limitação do poder de punir do Estado, de graduação e fundamentação da pena, foram melhor desenvolvidas e fortalecidas.

Todavia, ainda no sistema Neokantiano de compreensão do delito a função de subjetiva da responsabilidade penal é exercida pela culpabilidade.

Baseado na psicologia do pensamento e no ontologismo de Nicolai Hartman, Hans Welzel,<sup>83</sup> na década de 30 do século passado, desenvolveu o conceito finalista de ação e, através de uma fundamentação ontológica, reestruturou a teoria do delito.

Sobre o conceito de ação, Welzel explica que *“la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer “finalista” y no solamente “causal”*.”<sup>84</sup> No sistema finalista o injusto passa a ser entendido como injusto pessoal, o objeto de valoração além do desvalor do resultado é o desvalor da ação, o desvalor do comportamento pessoal do agente. Para Welzel a ação somente é ilícita enquanto obra de um autor.

Diante do conceito de ação e do modelo de injusto desenvolvido por Welzel, dolo e culpa deixam de ser elementos da culpabilidade e passam a integrar o tipo penal. Welzel<sup>85</sup> adota e desenvolve a distinção feita por Dohna entre valoração do objeto e objeto da valoração, limitando a culpabilidade à valoração do objeto. Com efeito, inicia-se a concepção normativa pura da culpabilidade.

Para Welzel a liberdade de vontade consiste em fundamento da culpabilidade e a imputabilidade seria o pressuposto para a culpabilidade. Em relação aos elementos da culpabilidade, Welzel aponta a existência de três elementos. O primeiro elemento é o potencial conhecimento da concretização do

---

<sup>83</sup> CF. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*. Uma introdução à teoria finalista da ação. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque De palma, 1956.

<sup>84</sup> . WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, p. 39.

<sup>85</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, p. 151.

tipo penal.<sup>86</sup> Nos crimes dolosos e naqueles praticados com culpa consciente este elemento já está estabelecido pela própria afirmação do dolo ou da culpa no tipo penal. Nos delitos culposos praticados com culpa inconsciente este elemento seria materializado na previsibilidade subjetiva do agente. Assim, na culpa inconsciente a previsibilidade objetiva seria analisada no tipo penal e a previsibilidade subjetiva na culpabilidade.

O segundo elemento da culpabilidade para Welzel é a potencial consciência da ilicitude. O autor explica que:

*“Sin embargo, una acción no es ya reprochable, por el sdo hecho de que su autor haya conocido o podido conocer su cualidad de ser adecuada al tipo, sino, únicamente, cuando él conoció o pudo conocer, además, su antijuricidad. Al conocimiento o conocibilidad de la concreción del tipo, debe agregarse el conocimiento o conocibilidad de la antijuricida”.*<sup>87</sup>

O último elemento da culpabilidade, segundo Welzel, é a exigibilidade de obediência jurídica. Na visão do autor somente será possível reprovar o autor do injusto quando ele realmente puder determinar sua vontade acordo com a compreensão do injusto na situação específica.<sup>88</sup>

Ainda dentro do finalismo é importante destacar a estrutura da culpabilidade adotada por Maurach.<sup>89</sup>

Maurach, que substituiu Mezger na cátedra de Direito Penal em Munique, é partidário do sistema finalista de compreensão do delito. Ele adota tanto os pressupostos metodológicos quantos as principais consequências do finalismo desenvolvido por Welzel. No entanto, em relação à culpabilidade o autor desenvolveu uma estrutura própria.

Maurach<sup>90</sup> constata que não é possível encontrar um fundamento comum para as diversas causas que excluem a culpabilidade no direito penal alemão. Outra crítica desenvolvida por Maurach diz respeito à “standarização” da

---

<sup>86</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, p. 169.

<sup>87</sup> WELZEL, HANS. *Derecho penal...* p.172.

<sup>88</sup> WELZEL, HANS. *Derecho penal...*,p.180.

<sup>89</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. 1. Trad. Jorge Bofil e Enrique Gibson. Buenos Aires, Astrea,1994.

<sup>90</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal...* p. 525 e ss.

culpabilidade. Segundo o autor, a culpabilidade deve ser um juízo de reprovação pessoal fundamentado em elementos da individualidade pessoal do autor de um fato típico e ilícito. Para a aferição da culpabilidade deve ser considerado se era possível exigir do agente, naquela situação concreta, “firmeza frente ao estímulo delitivo”. Qualquer tipo de indagação sobre como outra pessoa colocada na situação do autor agiria é irrelevante para a culpabilidade. E, segundo Maurach, causas que excluem a culpabilidade, como o estado de necessidade exculpante, estariam baseadas nessa standarização.

A partir dessas críticas o autor desenvolve o elemento da atribuíbilidade. A intenção de Maurach era criar um elemento que comportasse a fundamentação da pena privativa de liberdade, das medidas de segurança e que comportasse a culpabilidade enquanto juízo pessoal de reprovação e algumas causas que excluem a culpabilidade, que na visão de Maurach, repita-se, seriam standarizadas.

Na obra de Maurach o delito é compreendido segundo um conceito tripartido. São elementos do conceito analítico de crime a tipicidade, a ilicitude e a atribuíbilidade, sendo que este último significa que o autor não se comportou conforme as exigências do direito.<sup>91</sup> A atribuíbilidade é composta pela responsabilidade pelo fato e pela culpabilidade. Com efeito, o terceiro elemento do conceito analítico de delito não é a culpabilidade, como na doutrina dominante, mas um elemento mais amplo que Maurach denominou de atribuíbilidade.

A responsabilidade pelo fato é uma etapa prévia, antes da análise da culpabilidade. Segundo o autor, a responsabilidade pelo fato estará presente “*cuando la acción se halla libre fe aquellos factores externos influentes em la motivación, cuya relevância es reconocida por el ordenamento jurídico*”.<sup>92</sup> Desse modo, a inexigibilidade de outra conduta, o estado de necessidade e o excesso em legítima defesa são causas que excluem a responsabilidade pelo fato. Já a culpabilidade tem como elementos a imputabilidade e consciência da ilicitude.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal...*, p. 540.

<sup>92</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal...*, p. 545.

<sup>93</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal...*, p. 641.

Certamente, no sistema finalista de compreensão de delito, com o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo penal, a função de subjetivação da responsabilidade penal que a culpabilidade desempenha foi esvaziada. Mas ainda é possível perceber a função de subjetivação da responsabilidade penal na medida que a imputabilidade continua a ser elemento da culpabilidade e, na obra Welzel, no que tange aos delitos culposos as condições pessoais do agente são avaliadas na culpabilidade.

Alguns autores,<sup>94</sup> sobretudo os adeptos da teoria social da ação, desenvolveram a concepção da dupla função do dolo e da culpa na teoria do delito. Para esta concepção dolo e culpa, além de elementos subjetivos do tipo penal, são também elementos para o juízo de reprovação na culpabilidade. De modo que o dolo representa forma mais grave de reprovação em relação à culpa.

As concepções funcionalistas de compreensão do delito também acarretaram alterações na culpabilidade. Nesse contexto é importante destacar a estrutura da culpabilidade para Roxin.<sup>95</sup>

Roxin inicia a reestruturação da culpabilidade criticando as diversas teorias que buscam fundamentá-la.<sup>96</sup> Durante as críticas endereçadas às diversas concepções de culpabilidade o autor constata, assim como Maurach/Zipf, que adota o conceito de atribuíbilidade,<sup>97</sup> que é difícil encontrar um fundamento comum para as diversas causas que excluem a culpabilidade. Por fim, Roxin assevera *“lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad”*.<sup>98</sup>

Diante dessas premissas o autor efetua a reformulação do terceiro elemento do conceito analítico de crime, que ele denomina de responsabilidade. Assim, o conceito analítico de delito é composto pela tipicidade, ilicitude e

---

<sup>94</sup> Nesse sentido WELSSELS, Johanés. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Safe, 1975.

<sup>95</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Instituto editorial Reus, 1981.

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad* ... p. 41 e seguintes.

<sup>97</sup> MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. Parte general. 1. Tradução de Jorge Bofil e Enrique Gibson. Buenos Aires, Astrea, 1994. P. 511-542

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidad*... p. 71.

responsabilidade. A reponsabilidade é composta pela culpabilidade e pela necessidade preventiva da pena. Algumas causas que isentam de pena (como o estado de necessidade exculpante) não excluiriam a culpabilidade, mas a responsabilidade. Nas situações previstas nos artigos 33 e 35 do Código Penal alemão, por exemplo, não obstante a isenção de pena, a culpabilidade permanece. Existiria culpabilidade, mas com isenção da responsabilidade devido à ausência da necessidade preventiva.

Destaca-se que, ao inserir na categoria da responsabilidade a necessidade preventiva da pena, Roxin faz uma ligação importante e original entre a dogmática penal e a política criminal. Com efeito, para o referido autor uma das funções exercidas pela responsabilidade é limitar o poder punitivo do Estado através das teorias da pena.

Sobre a evolução da culpabilidade é possível obter algumas conclusões que serão importantes para contextualizar a pesquisa proposta. É acertada a concepção normativa da culpabilidade. Desse modo, dolo e culpa são elementos do tipo penal, assim como preconizado por Welzel.

A função de subjetivação da responsabilidade penal é historicamente ligada à culpabilidade e, sobretudo, a partir da obra de Roxin, ganha relevo a função de limitar o poder de punir do Estado por meio das teorias da pena.

### **1.5 A definição da posição sistemática das condições pessoais do agente a partir da tese de John Searle**

Defende-se no presente trabalho que a tese de Searle acerca da criação dos fatos institucionais deve ser aplicada ao Direito Penal. E, especificamente, a aplicação da tese de Searle em relação à culpabilidade vai determinar que as condições pessoais do agente nos delitos culposos devem ser valoradas na culpabilidade e não no tipo penal.

Importa destacar que a tese de Searle já foi utilizada em ramos científicos que não a filosofia da linguagem. Por exemplo, Rodrigo Lasheras aplicou a

ontologia de Searle na Literatura.<sup>99</sup> No Direito, Marcelo Araújo aplicou a tese de Searle na análise dos Direitos Humanos.<sup>100</sup>

Em relação ao tema proposto na presente tese, o que se observa, e que será demonstrado no capítulo seguinte desta tese, é que tanto a teoria generalizadora quanto teoria individualizadora utilizam argumentos que são insuficientes para fundamentar solução do problema, na medida em que são facilmente questionados e refutados pela posição oposta.

Com efeito mostra-se necessário buscar um novo fundamento para solucionar o problema proposto. Nesse contexto, é que a tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais fornece argumento para a solução do problema proposto, como será abordado abaixo.

Antes de aplicar a tese de Searle é importante destacar como a teoria sobre a formação dos atos institucionais pode ser relevante para o Direito Penal e sobretudo para a culpabilidade nos delitos culposos, que é o tema da presente tese.

A tese de Searle, que também de poder ser utilizada na análise da tipicidade e da ilicitude, fornece explicações para a superação da tensão existente no Direito Penal entre normativismo e ontologismo, como será analisado abaixo além de explicar a importância do conceito de função.

Desde o sistema causal de compreensão do delito sempre existiu a tensão entre o ontológico e o normativo no Direito Penal enquanto aspecto metodológico. O sistema causalista, influenciado pelo positivismo científico e diante do auge das ciências experimentais, adotou um método descritivo e classificatório. Nesse sistema, baseado na observação e classificação, os conceitos são avaliados e baseados na observação de fatos naturais que seriam observáveis.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> LASHERAS, Rodrigo Guijaro. La literatura em la ontologia social de John Searle. *Revista de Literatura*, 2016, enero-junio, vol. LXXVIII, n.º 155, págs. 11-36, ISSN: 0034-849X doi: 10.3989/revliteratura.2016.01.001

<sup>100</sup> ARAÚJO, Marcelo. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. *Filosofia Unisinos* 11(2):163-175, mai/ago 2010.

<sup>101</sup> Isso fica claro na obra de Lizst: LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. Nesse sentido:

Comentando a obra de Liszt, Mir Puig explica que:

*“En von Liszt el naturalismo ofrecía, además, a la elaboración dogmática una base sólida, la realidad científicamente observable, que parecía también contribuir a la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, ponía el Derecho detrás del hecho y al servicio de la vida real, abriendo una brecha en el sistema jurídico por la que podía penetrar la realidad y que evitaba la concepción del Derecho como un fin en sí mismo.”<sup>102</sup>*

A insuficiência do método positivista<sup>103</sup> e as consequências dogmáticas do sistema causalista fizeram com que ele fosse superado.<sup>104</sup>

No causalismo valorativo, ou neokantismo, ocorre a separação entre ser e dever ser. Sendo o direito uma ciência do dever ser, as categorias jurídicas deixaram de ser explicadas a partir de dados naturais e passam a ser compreendidas a partir dos valores. Com efeito, os conceitos jurídicos eram desenvolvidos a partir de uma construção teleológica.

---

MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo em derecho penal*. Revista eletrônica de ciência penal y criminología, 2005. n. 07-18. p. 18:1-18:24.

<sup>102</sup> MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo...* p. 18:4.

<sup>103</sup> Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo...* p. 18:4.

<sup>104</sup> De maneira resumida e didática, Roxin expõe os inconvenientes dogmáticos do causalismo: a) A recondução do injusto à causalidade acaba por proporcionar um âmbito objetivo de responsabilidade excessivamente amplo. O fabricante e o vendedor de um automóvel compõem a relação causal de um acidente fatal causado pelo comprador do veículo. Não parece ser plausível afirmar aqui que eles realizaram um injusto de homicídio. b) Nas omissões falta a causalidade em sentido científico-naturalista. O injusto omissivo não é, portanto, apreensível a partir dessa perspectiva. c) Tampouco a tentativa é explicável a partir de um conceito de injusto referido à causalidade. Afinal, o tipo da tentativa não pressupõe causalidade. d) Também o conteúdo de injusto em todos os delitos estruturados de forma normativa seria falseado ao se partir do ponto de vista do causalismo. Prova cabal disso é o famoso exemplo, segundo o qual o injusto do crime de injúria estaria na agitação das ondas sonoras e na causação de uma irritação sensorial no ouvido do afetado. 6 Afinal, esse fenômeno naturalístico ocorre exatamente da mesma forma numa manifestação elogiosa, de modo que ele não basta para caracterizar o conteúdo específico da injúria. e) Uma compreensão causal do injusto conduz também a resultados materialmente equivocados. Assim, por exemplo, ocorre na Alemanha com a ainda não completamente superada teoria subjetiva da participação, que busca distinguir a autoria da participação com a ajuda de uma vontade de autor (vontade de ter o fato como seu) e vontade de partícipe (vontade de tomar parte num fato alheio) - que não possuem existência real. Essa concepção parte da premissa de que uma distinção objetiva entre as formas de contribuição seria impossível, já que todas as contribuições causais para o acontecimento seriam equivalentes. f) Tampouco pode a culpabilidade ser compreendida como um fenômeno puramente subjetivo. De pronto, isso é válido para a culpa inconsciente, na qual as circunstâncias que fundamentam a culpabilidade não estão de todo contidas na consciência do autor. g) As causas de exculpação, como o estado de necessidade exculpante, o excesso na legítima defesa e mesmo a incapacidade de culpabilidade (§§ 35, 33, 20 StGB), influenciam, de fato, a situação psíquica do autor, mas se baseiam, no entanto, em fundamentos objetivos, fáticos. (ROXIN. Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. v. 82/2010. p. 24-47. jan-fev/2010. p. 3).

O finalismo de Welzel, em seu segundo momento,<sup>105</sup> na busca por superar o dualismo metodológico do neokantismo, recorre às categorias ônticas (lógico-reais) para solucionar questões dogmáticas e estruturar o sistema finalista de compreensão do delito. Na visão dos autores finalistas basta conhecer as categorias lógico-reais para solucionar problemas da dogmática jurídica. Dessa forma, na metodologia do finalismo qualquer valoração jurídica que desrespeite as categorias lógico-reais será considerada equivocada.

Luís Greco exemplifica o método finalista da seguinte maneira:

[...] a definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é vontade de realização (*Verwirklichungswille*); como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as consequências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade dirigida à realização de um tipo, abrange as consequências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo.<sup>106</sup>

Pode-se afirmar que a aludida metodologia finalista está superada, sobretudo devido ao que se denomina de falácia naturalista, haja vista que não basta conhecer a realidade para solucionar problemas jurídicos de caráter eminentemente normativos, certo é que, nem o naturalismo causalista e nem ontologismo finalista são adequados para limitar o poder punitivo do Estado através de dados empíricos.

O funcionalismo sistêmico de Jakobs abandona quase que totalmente a importância da referência ontológica na construção de seu sistema. Importa destacar que, como bem observa Luiz Greco,<sup>107</sup> Jakobs aceita um “mínimo de

<sup>105</sup> O finalismo de Welzel pode ser dividido em dois momentos, denominados por Roxin de ontologismo social e ontologismo livre de valores. Sobre estas duas fases da obra de Welzel conferir: ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 65/2007. p. 9-25. mar-abr/2007.

<sup>106</sup> GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito* - em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 32/2000. p. 120-163. out-dez/2000. p. 6.

<sup>107</sup> GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 177.

naturalismo". Este "mínimo de naturalismo" diz respeito à impossibilidade de se substituir a causalidade pela imputação objetiva nos delitos de resultado.<sup>108</sup>

A posição de Jakobs leva ao normativismo extremo, que não é superado, como defende Luís Greco<sup>109</sup>, pelo embasamento sociológico. Ao contrário, a influência dos sistemas autopoieticos só reforça o isolamento da dogmática dos dados ontológicos. Com razão acentua Mir Puig que o sistema de Jakobs "não impõe limites ao poder punitivo estatal".<sup>110</sup>

Já no funcionalismo teleológico de Roxin ocorre algo interessante. O autor, de fato, critica o método finalista de solucionar questões dogmáticas a partir das categorias lógico-reais e funcionaliza os conceitos jurídicos de acordo com as diretrizes de política criminal. No entanto, ele não reduz a necessidade de elementos ontológicos ao mínimo como faz Jakobs. Nesse sentido, e para evidenciar o afirmado, vale transcrever uma passagem da obra do autor:

*"Esta rápida marcha por la historia dela metodología jurídico-penal ha puesto de relieve que los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructifero, claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales, han sido siempre realizados solamente de manera parcial, a modo de planteamiento y con abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como "teoría dominante", aunque con muchas variantes".<sup>111</sup>*

Embora não abandone os dados ontológicos, não encontramos na obra de Roxin, pelo menos nas obras analisadas, uma explicação detalhada e satisfatória sobre o papel desempenhado pelos elementos ontológicos e suas relações com as questões dogmáticas.

<sup>108</sup> Nesse sentido conferir: JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* p. 222-237.

<sup>109</sup> Afirma Luis Greco que "Jakobs se mostra plenamente ciente de quanto seu sistema tem de chocante, e, de fato há muito de criticável em sua teoria. Não tanto o normativismo, porque apesar da funcionalização total dos conceitos, o embasamento sociológico garante o contato com a realidade, mas especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verdadeiramente legítimos." (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminas | vol. 32/2000 | p. 120 - 163 | Out - Dez / 2000. P. 09)

<sup>110</sup> MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo ...* p. 18:3.

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal...* .p. 57.

É neste aspecto que a tese de Searle é útil para estabelecer a ponte entre os dados ontológicos (fatos brutos) e os conceitos jurídicos, servindo como referencial de controle para dar coerência ao sistema e estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado.

Assim, os conceitos jurídicos são funcionalizados para desempenharem os papéis determinados dentro do sistema pelas diretrizes de política criminal. A função desempenhada por determinado conceito liga este conceito a um dado ontológico (fato bruto) que lhe dê um mínimo de suporte e limite o poder punitivo do Estado. Desse modo, utilizando a tese de Searle, é possível explicar e conferir relevância aos elementos ontológicos e ao conceito de função dentro um sistema jurídico.

Duas questões, que estão relacionadas entre si, devem ser ainda serem destacadas. Estas questões são: 1) como a teoria de Searle pode significar uma limitação ao poder punitivo do Estado, e 2) como a teoria de Searle pode impactar na análise dogmática.

Searle sustenta que todo fato institucional tem como base um fato bruto. Aplicando a tese de Searle ao Direito Penal, todo instituto jurídico-penal tem como base algo ontológico. Na tese de Searle não é possível, como já acentuado, abrir mão, completamente, dos dados ontológicos.

Destaca-se que, sempre que se recorre, de alguma maneira, a dados ontológicos no âmbito da dogmática penal ocorre uma limitação ao poder punitivo do Estado. Quanto a isso não existe dúvida.<sup>112</sup>

Recorrer a dados ontológicos para limitar o poder punitivo do Estado é o que foi tentado pelo causalismo e, principalmente, pelo finalismo. Aliás, o finalismo, em seu início, obteve grande aceitação devido ao momento histórico pelo qual passava a Alemanha, recém-saída da Segunda Grande Guerra. O finalismo encontrou um ambiente em que se buscava limites aos excessos cometidos durante o regime nazista. E se valer das categorias lógico-reais, proposta pelo finalismo, era forma de se limitar o poder do Estado.

---

<sup>112</sup> Nesse sentido: MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In *Direito penal contemporâneo*. Coordenação Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Sobre a segunda questão, a teoria de Searle implica na solução de algumas questões dogmáticas na medida em que os fatos brutos devem ser considerados na elaboração dos fatos institucionais.

Importante destacar que não se defende a volta ao finalismo e a solução de problemas dogmáticos a partir das categorias ontológica. O que se sustenta é que os conceitos jurídicos não devem ser desenvolvidos somente com base em aspectos ontológicos ou normativos, mas sim a partir de critérios normativos de estabelecimento de funções, tendo em consideração aspectos ontológicos.

Deve existir coerência entre o dado ontológico (fato bruto), a função a ele atribuída (que será também a função a ser desempenhada por determinado conceito jurídico) e o conceito jurídico (fato institucional). É a busca pela necessária coerência entre estes elementos que pode implicar em algumas soluções dogmáticas, e isso ficará evidente na análise da culpabilidade referente aos delitos culposos.

E mais, a ideia de função passa a ser essencial. Assim, os elementos do conceito analítico de delito devem ter seus conteúdos definidos a partir da função por eles desempenhadas dentro do sistema analítico de delito. Deste modo, como fato institucional que é, os elementos da culpabilidade devem ser definidos a partir da função por ela desempenhada.

Explicada a relevância da tese de Searle no âmbito do Direito Penal é necessário aplicá-la à culpabilidade nos delitos culposos.

Na visão de Searle o Direito consiste em fato institucional, nesse sentido até mesmo os direitos humanos são considerados fatos institucionais. Acerca dos direitos humanos, e para ilustrar a posição de Searle, vale transcrever uma breve passagem do autor sobre o tema:

*Acaso la forma más enigmática de función de status se da en la creación de los derechos humanos. Antes de la Ilustración europea, el concepto de derechos sólo tenía aplicación en el marco de alguna estructura institucional -derechos de propiedad, derechos maritales, droit de seigneur, etc.-. Pero, de uno u otro modo, acabó siendo colectivamente aceptada por la idea de que uno podía tener una función de status solamente por ser un ser humano, la idea, esto es, de que el término X era «humano» y el término Y era «poseedor de derechos inalienables». No es por azar que la aceptación colectiva de este paso estuviera asistida por la idea de la autoridad divina: «están*

*dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se hallan la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad». La idea de los derechos humanos ha sobrevivido al declive de la fe religiosa, y se ha llegado incluso a internacionalizar. A menudo se apela a la Declaración de Derechos Humanos de Helsinki, con distintos grados de eficacia, contra los regímenes dictatoriales. En los últimos tiempos ha habido incluso un movimiento en favor del reconocimiento de los derechos para los animales. Tanto el caso de los derechos humanos, como el de los derechos de los animales, son casos de imposición de funciones de status a través de la intencionalidad colectiva.<sup>113</sup>*

Sendo o Direito um fato institucional, a culpabilidade, enquanto elemento do conceito analítico de delito também é um fato institucional.

A culpabilidade, assim como o tipo penal e a ilicitude, é um elemento de um sistema, que é o conceito analítico de delito. Esse sistema, por sua vez, faz parte de outro sistema, que é o Direito Penal. Assim sendo, a culpabilidade, que é o tema da presente tese, desempenha uma função dentro deste sistema (conceito analítico de delito).

Aplicando a tese de Searle tem-se que, ao atribuir a um fato bruto uma determinada função, cria-se o conceito de culpabilidade (fato institucional), que, por sua vez, desempenha uma função dentro do conceito analítico de delito. Em resumo: a ao atribuir a um determinado fato bruto um *status* de função cria-se a culpabilidade, enquanto fato institucional.

Para aplicar a tese proposta por Searle é importante delimitar quais são as funções que devem ser atribuídas a determinado fato bruto para criar a culpabilidade. Mas vale destacar que Searle nos fornece o pano de fundo teórico no sentido de que é possível afirmar que atribuindo funções a um fato bruto cria-se um fato institucional, no caso a culpabilidade. Mas o autor não trabalha especificamente os conceitos referentes à culpabilidade. Deste modo, quais as funções que culpabilidade desempenha devem ser solucionadas através da dogmática penal. E partir da delimitação das referidas funções é possível determinar o fato bruto que serve de suporte para a culpabilidade.

---

<sup>113</sup> SEARLE. *La construccion...* p. 106

Nesse sentido, é importante analisar dois pontos que estão ligados ao conceito de culpabilidade: a subjetivação da responsabilidade penal e as teorias preventivas da pena.

O primeiro ponto diz respeito à subjetivação da responsabilidade penal. A subjetivação da responsabilidade deve ser compreendida como a avaliação de estados mentais do sujeito ativo. A culpabilidade está intimamente ligada à necessidade de subjetivação da responsabilidade penal, no sentido de estabelecer a responsabilidade pessoal do autor do injusto considerando-se seus aspectos pessoais. Se no tipo penal e na ilicitude são avaliadas questões referentes ao fato praticado, é na culpabilidade o momento para se avaliar questões referentes ao autor do fato injusto. Esta afirmação pode ser demonstrada através de diversos argumentos, sendo o primeiro deles o argumento histórico.

A culpabilidade é desenvolvida como um contraponto ou reação à responsabilidade objetiva consagrada através do princípio da “*versari in re ilícita*”, que foi um ponto característico do direito canônico e comum da Idade Média. Carrara, em seu Programa, foi o primeiro a sistematizar o embrião do que, posteriormente, foi chamado de culpabilidade. Carrara dividia o delito em duas partes: a força física e a força moral. A força moral, o antecedente histórico da culpabilidade, desempenha o papel de subjetivação da responsabilidade penal afastando a possibilidade da responsabilidade objetiva.

Na concepção psicológica da culpabilidade a presença do dolo e da culpa na culpabilidade deixa evidente a função de subjetivação da culpabilidade. Neste modelo de culpabilidade, como já analisado no item 3.2 desta tese, dolo culpa consistem no vínculo subjetivo entre o autor do fato e o fato por ele praticado.

Com o advento do finalismo ocorreu o deslocamento do dolo e da culpa para o tipo penal. Como também já analisado no item 3.2 desta tese. Diante desse novo modelo a função de subjetivação desempenhada pela culpabilidade passou a ser questionada na medida em que a referida função seria desempenhada pelo tipo penal. Ora, se um segundo elemento do sistema passa

a desempenhar a função desempenhada originalmente primeiro elemento é de se supor que ocorrerá a desfuncionalização deste primeiro elemento.

De fato, a aludida desfuncionalização da culpabilidade, no que tange a subjetivação da responsabilidade, poderia ter ocorrido com o finalismo, mas não ocorreu, nem mesmo no âmbito do crime doloso. Analisando as posições dogmáticas de Welzel e, atualmente, de Hirsch, é perfeitamente possível vislumbrar a aludida função. O conteúdo material da culpabilidade, tanto para Welzel quanto para Hirsch, é a possibilidade de agir de outra maneira, ou seja, é a existência do livre-arbítrio, o que significa que, se o agente não tiver, no caso concreto, liberdade de escolha faltará a culpabilidade.

O que ocorreu com o advento do finalismo, no que tange ao delito doloso, é que a função de subjetivação é desempenhada pelo tipo e pela culpabilidade o que significa, na realidade, não a desfuncionalização da culpabilidade, mas sim uma complexidade maior do sistema na medida em que dois elementos poderiam desempenhar a mesma função. De fato, o sistema finalista de compreensão do delito é mais complexo do que os sistemas antecedentes.

Nota-se também que, com o finalismo, a carga semântica da expressão subjetivação foi alterada. Antes do finalismo a função de subjetivação significava o vínculo subjetivo entre o autor e fato, após o finalismo a função de subjetivação deve ser compreendida como evitabilidade individual. Mas nas duas situações a subjetivação se refere a um estado mental do agente aferido através da análise de suas condições pessoais.

Outro ponto a ser destacado é a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo. Na obra de Welzel a culpa foi deslocada para o tipo penal, mas deixou na culpabilidade a necessidade de análise das condições pessoais do agente. Mesmo desenvolvendo e adotando a concepção de injusto pessoal, Welzel mantém na culpabilidade a análise das condições pessoais do agente (a posição de Welzel sobre este tema será analisada no item 2.3). Tal posicionamento pode ser lido como uma contradição no sistema de Welzel, mas, na realidade, significa a aceitação de que não é possível afastar a culpabilidade da ideia de subjetivação da responsabilidade penal.

Outro argumento que reforça a função de subjetivação da responsabilidade penal que é desempenhada pela culpabilidade refere-se ao direito penal vigente. O legislador optou claramente por atribuir à culpabilidade a função de subjetivação do conceito analítico de delito. Chega-se a tal conclusão analisando as disposições legais que tratam das causas que excluem a culpabilidade. Nessa linha de raciocínio, destaca-se a imputabilidade e os casos de inimputabilidade previstos no Código Penal brasileiro.

Aníbal Bruno, após introduzir que a imputabilidade é o “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para ser juridicamente imputável”,<sup>114</sup> define a imputabilidade como “conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.<sup>115</sup> Com efeito a imputabilidade possui um elemento cognoscitivo (possibilidade de conhecer o caráter ilícito) e outro volitivo (possibilidade de se determinar). A imputabilidade, definida com base em elementos cognitivos e volitivos do agente, deixa evidente a ligação entre culpabilidade e subjetivação do conceito analítico de delito. O papel de subjetivação também fica evidenciado pela análise das causas levam à inimputabilidade previstas nos arts. 26<sup>116</sup> e 27<sup>117</sup> do Código Penal brasileiro. A adoção da idade do agente e a aceitação do critério biopsicológico (em relação à doença mental) também revelam a ligação entre a culpabilidade e subjetivação.

Em termos doutrinários, a ligação entre a subjetivação da responsabilidade penal e a culpabilidade encontra-se presente em diversos autores. A ponto de Mir Puig propor substituir o termo culpabilidade por imputação pessoal.<sup>118</sup>

Roxin, embora não explicitamente, também aceita a ligação entre culpabilidade e a subjetivação da responsabilidade penal na medida em que

---

<sup>114</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal...* t II. p. 44.

<sup>115</sup> BRUNO. Aníbal. *Direito penal...* t II. p. 44.

<sup>116</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>117</sup> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>118</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* p. 525.

exige um mínimo de possibilidade de motivação subjetiva e evitabilidade individual no âmbito da culpabilidade.<sup>119</sup>

Outro ponto que merece destaque é a relação entre culpabilidade e a função de limitação do poder punitivo do Estado através da necessidade preventiva da intervenção penal. Destaca-se que, não somente a culpabilidade as a norma penal deve ser compreendida como um limite ao poder de punir do Estado. Diante da tensão existente entre o poder-dever de punir do Estado e a liberdade individual a norma penal deve ser entendida como um instrumento de limitação da intervenção Estatal. Sobre o assunto é precisa a lição de Zaffaroni:

A ideia de uma norma protetiva acaba por legitimar a pan-penalização que sacramenta o poder punitivo como panaceia para a realização de todos os direitos, ou seja, consagra a defraudação que o discurso penal pode cometer aos povos, acompanhando seus impotentes demagogos políticos.<sup>120</sup>

Especificamente sobre o fato de a culpabilidade ser o limite ao poder de punir do Estado afirma Roxin que:

*“una cosa distinta es la culpabilidad cuando se emplea como criterio limitador de la pena. El principio de que la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, al contrario de lo que sucede con el principio retributivo, no tiene un origen metafísico.”<sup>121</sup>*

A culpabilidade não deve ser compreendida como o fundamento da pena e sim como um limite ao poder de punir. Esta mudança de compreensão não é meramente retórica, ela implica mudanças conceituais e de política criminal como destaca Juarez Cirino dos Santos:

---

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 811 e seguintes.

<sup>120</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Teoria do injusto penal*. Prefácio. 2ª. ed. rev., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2002, p XVI. No mesmo sentido afirma Juárez Tavares que: A norma penal tem, assim, caráter limitativo e não está associada a nenhum sistema teleológico de proteção ou de realização social. Esse caráter limitativo deve valer tanto para a fase legislativa de sua elaboração quanto para a fase judicial de sua aplicação, refere-se tanto à legalidade quanto à oportunidade da intervenção. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª. ed. rev., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2002, p.117).

<sup>121</sup> Roxin, Claus. *Culpabilidad...*, p. 46.

“Enfim, a noção de culpabilidade como limitação da pena parece justificar a redefinição da dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão”<sup>122</sup>

A limitação do poder de punir do Estado ocorre principalmente através da inserção das funções da pena no âmbito da culpabilidade.

Bacigalupo<sup>123</sup> destaca que a relação entre culpabilidade e teorias da pena está presente na doutrina espanhola desde os primórdios do Direito Penal. Nesse sentido Bacigalupo destaca, por exemplo a obra de Alfonso de Castro, “*Da potestate legis poenalis*”, escrita em 1550, dentre outros.<sup>124</sup> Mas é a partir, principalmente, da obra de Roxin que, em contraposição à tese de Liszt, foram inseridos na dogmática penal princípios de política criminal. A ideia de Roxin é inserir as teorias sobre a finalidade da pena em uma terceira categoria denominada por ele de responsabilidade penal. É neste elemento do conceito analítico de delito que o autor insere a análise das funções da pena na dogmática penal.

Inicialmente, Roxin afasta ideia de retribuição enquanto finalidade da pena. Destaca o autor:

"A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos ético-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé... uma teoria da pena que considera como essência da mesma o 'irrogar um mal', não conduz a nenhum caminho para uma execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito. A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando está estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial".<sup>125</sup>

<sup>122</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria ...*, p. 179.

<sup>123</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Culpabilidade y Prevención en la Fundamentación de Derecho Penal Español Latinoamericano*. s.l., s.n., s.d., p. 20. Disponível em: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf). Acesso em: 2/7/2023.

<sup>124</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Culpabilidade y Prevención...* p. 12.

<sup>125</sup> ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena, in *Revista de Direito Penal*, n. 11-12, jul-dez/1973, p. 8-9

A necessidade de intervenção penal, enquanto princípio de política criminal, é inserida em uma terceira categoria do delito, que Roxin chama de responsabilidade.<sup>126</sup> A responsabilidade é composta pela culpabilidade e pela necessidade preventiva da pena. Roxin defende que a responsabilidade penal, enquanto terceiro elemento do conceito analítico de crime, é composto pela culpabilidade e pela necessidade de prevenção penal.

Roxin parte da análise das principais causas de exculpação previstas no direito alemão: o estado de necessidade exculpante<sup>127</sup> e o excesso em legítima defesa.<sup>128</sup> Explica Roxin que mencionadas causas que excluem a responsabilidade penal somente podem ser explicadas diante das necessidades preventivas da pena. Nestes casos o agente possui a acessibilidade normativa, de modo que, somente a ausência de necessidade preventiva pode explicar a exculpação. Com efeito, quando o agente pratica o injusto em situação que caracteriza o estado de necessidade, a isenção de pena decorre do fato de que a pena não cumpriria nenhuma finalidade preventiva.

Sobre a inserção das necessidades preventivas no terceiro elemento do conceito analítico de crime é importante destacar dois pontos. O primeiro é que as finalidades preventivas da pena devem atuar como um limite ao poder punitivo do Estado, e nunca como o fundamento desse poder punitivo. Assim, é possível exculpar o autor de um fato típico e ilícito pela ausência de necessidades preventivas da intervenção penal. Entretanto, não é possível atribuir responsabilidade penal a alguém que, por qualquer motivo, não deve ser punido, simplesmente para atender as necessidades preventivas.

Outro ponto a ser destacado é que a finalidade preventiva não deve ser reduzida à prevenção geral, seja ela negativa ou positiva. Se assim fosse, estar-

---

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevencion en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Intituto editorial Reus, 1981. p. 147.

<sup>127</sup> § 35. *Estado de necesidad disculpante (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica*

<sup>128</sup> § 33. *Exceso en la legítima defensa Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión temor o miedo, entonces no será castigado.*

se-ia instrumentalizando o ser humano e a culpabilidade seria transformada em algo meramente simbólico e incapaz de impor um limite ao poder punitivo do Estado. É esta, aliás, a crítica feita ao conceito de culpabilidade de Jakobs, para quem culpabilidade e finalidade preventiva geral são idênticas.<sup>129</sup>

Ressalta-se que é perfeitamente possível aceitar a tese de Roxin sobre a inserção da finalidade da pena na culpabilidade sem ter que criar um terceiro elemento no conceito analítico de crime. Tal inserção pode ocorrer por meio da inexigibilidade de outra conduta, por exemplo. Mas o certo é que não é possível desvincular a culpabilidade das necessidades preventivas da intervenção penal.

Diante do exposto acima, aceita-se a relação existente entre a culpabilidade, a necessidade de subjetivação do injusto e a limitação do poder punitivo do Estado através da necessidade preventiva da pena.

Com efeito, tem-se até o momento o seguinte cenário: atribuindo a determinado fato bruto as funções de subjetivação do injusto e de limitar o poder punitivo do Estado através das necessidades preventivas da pena cria-se a culpabilidade, enquanto fato institucional, que também passará a desempenhar as funções de subjetivação da responsabilidade penal e de limite do poder do Estado por meios das teorias da pena.

Assim, é necessário delimitar qual fato bruto é capaz de suportar as funções acima a fim de criar a culpabilidade no que tange aos delitos culposos.

O fato bruto que é capaz de sustentar minimamente a culpabilidade deve consistir em um estado mental. Com efeito, um fato bruto físico não pode sustentar a culpabilidade pois não é capaz de cumprir a função de subjetivação

---

<sup>129</sup> Nesse sentido vejamos a crítica feita por Roxin: Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada também por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com Jakobs, tal pareça socialmente útil para um "exercício de fidelidade ao direito". Pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Uma tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada. (ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 46/2004. p. 46-72. jan-fev/2004).

e nem a função de limitar o limitar o poder de punir por meio das teorias preventivas da pena.

Então a questão a ser delimitada consiste em determinar qual o estado mental do agente deve desempenhar as funções acima mencionadas e dar suporte à culpabilidade.

Neste aspecto, o ponto central é a cognoscibilidade do dever de cuidado. Importa destacar que, o que se compreende por dever de cuidado será analisado no item 2.2.1 desta tese, bem como a diferença entre norma de cuidado, dever de cuidado e regra de cuidado.

No item 2.2.2 desta tese será analisado a estrutura do tipo penal culposo. No referido item ficará evidente a relevância do dever de cuidado na estrutura do tipo culposo. Assim, deste o causalismo, passando pelo finalismo e funcionalismo, o dever de cuidado está sempre presente na doutrina majoritária.

No que se refere à posição de Roxin acerca da estrutura do tipo culposo, posição que é adotada em linhas gerais nesta tese, o que se observa é que, não obstante ocorra a substituição dos elementos tradicionais do tipo culposo pela imputação objetiva, a ideia de dever de cuidado não deixa de existir. O que ocorre é que a violação ao dever de cuidado é absorvida pela criação do risco não permitido e acrescida de outros elementos, como o princípio da confiança.

Nesta ordem de ideias, o próprio Roxin reconhece que

No obstante, en la determinación de lo que se ha de considerar "creación de un peligro no permitido", se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado.

130

Diante da relevância do dever de cuidado, o estado mental do agente do agente também deve estar relacionado violação do dever de cuidado/criação de risco não permitido. E a única forme de relacionar o estado mental com violação

---

<sup>130</sup> ROXIN, Claus. *Derecho ...* p. 1001.

ao dever de cuidado é no sentido que o estado mental deve consistir na cognoscibilidade do dever de cuidado.

Assim a possibilidade do agente em conhecer o dever de cuidado/risco proibido consiste no estado mental que se atribuímos funções de subjetivação e de limitação do dever de punir através das teorias da pena dá ensejo à culpabilidade.

Todavia, não é possível “entrar” na mente do agente para avaliar um estado mental. Assim, as condições pessoais do agente (idade, profissão, atividade, grau de instrução, estado físico, déficit cultural) são, na verdade, formas de avaliar o estado mental do agente frente ao dever de cuidado.

Aplicando a tese de Searle, tem-se, então, a seguinte situação: atribui-se à relação do agente com o dever de cuidado/risco proibido as funções de subjetivação da responsabilidade penal de limitação do poder punitivo do Estado e cria-se a culpabilidade.

A culpabilidade é um fato institucional e enquanto fato institucional é criada a partir de um fato bruto. O fato bruto que dá suporte à criação da culpabilidade deve ser um estado mental que consiste na cognoscibilidade do dever de cuidado.

Com efeito, atribuindo à cognoscibilidade do dever de cuidado as funções de subjetivação da responsabilidade penal e limitação do poder punitivo por meio das teorias da pena tem-se a culpabilidade.

Considerando a conclusão acima, no próximo capítulo será analisada a estrutura do tipo penal culposo e apresentadas as teorias generalizadora, individualizadora e mista, bem como as críticas endereçadas às referidas teorias.

## CAPÍTULO 2 – A ESTRUTURA DO TIPO CULPOSO E AS TEORIAS SOBRE A POSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE.

### 2.1 Tipo culposo

#### 2.1.1 Considerações gerais

A palavra culpa<sup>131</sup>, que segundo Raul Machado<sup>132</sup> tem origem obscura, na teoria do delito tem dois significados. Ela pode ser compreendida como elemento do tipo penal, ao lado do dolo, ou pode se referir ao terceiro elemento do conceito analítico de delito.

Em termos histórico, desde as leis hebraicas já se distinguia o homicídio voluntário do involuntário.<sup>133</sup> No entanto, o que, modernamente, e em termos jurídicos, se compreende por culpa *stricto sensu* teve sua formulação inicial, segundo Raul Machado,<sup>134</sup> elaborada no Direito Civil Romano, sobretudo na lei Aquilia e na definição dada por Múcio nos seguintes termos: “*Culpam esse, quod cum a diligente praevideri potierit, non esset praevisium*”.

A clássicas definições de Carrara e de Von Liszt já foram transcritas no tópico anterior. Modernamente, Jescheck/Weigend acentua que atua com imprudência quem, sem a intenção, realiza um tipo penal como consequência da violação do dever de cuidado.<sup>135</sup> Para Cerezo Mir, atua com culpa aquele que,

---

<sup>131</sup> No léxico significa: 1. Responsabilidade atribuída a algo ou alguém por mal, dano ou prejuízo causado: Assumi a culpa pelo erro na previsão dos custos. 2. Ação ou inação de que resulte dano ou prejuízo: A sociedade inteira tem culpa da corrupção. 3. Sentimento insistente e doloroso que alguém experimenta por ter agido mal ou faltado com um dever: Sentiu muita culpa por ter batido na criança. 4. Rel. Transgressão de princípio ou mandamento, esp. nos contextos teológicos do judaísmo e cristianismo; PECADO. 5. Origem causadora ou explicação de acontecimento que tenha resultado nefasto: A culpa da enchente não é da chuva, mas da falta de saneamento. 6. Jur. Falta, delito que fere os princípios do dever jurídico, cometida por ação ou omissão. 7. Jur. Ato voluntário que tenha efeito lesivo sobre os direitos de outrem. (Dicionário on-line Caudas Aulete. [Dicionário Online - Dicionário Caldas Aulete - Significado de culpa](#). Consultado em 07 de novembro de 2022.)

<sup>132</sup> MACHADO, Raul. *A culpa no direito penal*. São Paulo, 1943. Introdução, p. I.

<sup>133</sup> Sobre a evolução da culpa conferir: MACHADO, Raul. *A culpa...* p.10-132.

<sup>134</sup> MACHADO, Raul. *A culpa...* Introdução.p. IX.

<sup>135</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 605.

visando um fim irrelevante em termos de tipo penal, provoca um resultado devido à inobservância do dever de cuidado.<sup>136</sup>

Na doutrina brasileira, Juarez Tavares define a culpa como:

a forma de imputação de uma conduta humana caracterizada pela realização do tipo de um delito, centrado na violação do risco autorizado por meio de ação contrária ao dever de cuidado e lesiva ao bem jurídico, materializável em um resultado proibido e cuja culpabilidade se assenta no fato de não haver o agente evitado a sua realização apesar de capaz e em condições de fazê-lo.<sup>137</sup>

Fernando Galvão, por sua vez, destaca que a compreensão do delito culposo deve passar pela compreensão do seu aspecto fundamental que é a omissão a um dever objetivo de cuidado.<sup>138</sup>

Tradicionalmente, conforme demonstrado pelas definições de culpa acima, o elemento central da culpa *stricto sensu* consiste na violação ao dever de cuidado. Nesse aspecto é flagrante a influência de Welzel, como será analisado abaixo.

Não obstante, outros termos também são utilizados no âmbito do delito culposo, tais como: norma de cuidado e regra de cuidado. Assim, é importante destacar as diferenças conceituais existentes entre norma de cuidado, dever de cuidado e regra de cuidado<sup>139</sup>. Determinar as expressões de maneira precisa é importante para evitar confusões conceituais quando de sua utilização.

A norma penal, enquanto diretiva de conduta<sup>140</sup> que impõe um *dever ser*, tem como tarefa fundamental o dever de obediência por parte dos cidadãos. A norma de cuidado, enquanto norma penal, é obtida através da lei penal. O

<sup>136</sup> MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español. Parte general. II. 6.* ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 160.

<sup>137</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria ...* p. 267. A definição de Juarez Tavares é também a adotada por Luiz Regis Prado. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume I.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 377.

<sup>138</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal. Parte geral. 5.* Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

<sup>139</sup> Embora a doutrina brasileira não faça expressamente a distinção entre norma de cuidado, dever de cuidado e regra de cuidado, autores estrangeiros o fazem. Nesse sentido: PERIN, Andrea. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2020. p. 65.

<sup>140</sup> Alguns autores como Jakobs não compreendem a norma penal como uma diretiva de conduta, e sim como expectativa institucionalizada. Sobre o tema conferir: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Norma y acciones em derecho penal.* Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

homicídio culposo é previsto no art. 121, § 3º do Código Penal brasileiro. Nesse caso, a norma de cuidado é: não se deve criar ou aumentar riscos proibidos que possam provocar a morte.

Para que ocorra a violação da norma de cuidado é indispensável a violação ao dever de cuidado. A determinação do dever de cuidado, por sua vez, pressupõe a previsibilidade ( a questão da previsibilidade será melhor abordada no último capítulo desta tese) e a determinação da regra de cautela a ser observada.

Já as regras de cuidado são parâmetros utilizados para a identificação do dever de cuidado. As regras de cuidado podem ser regras específicas, quando previstas em determinado instrumento normativo, como as regras de trânsito, por exemplo.

Na ausência de regras de cuidado específicas, a regra de cuidado deve ser delimitada pelo intérprete da lei. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência apontam alguns critérios como o homem médio, a melhor ciência e experiência, o próprio agente, dentre outros.

Utilizando como parâmetro a regra de cuidado é possível classificar a culpa *stricto sensu* em culpa específica e culpa genérica. Tal classificação é bastante utilizada na doutrina italiana em razão do que dispõe o artigo 43 do Código Penal italiano. Aludido dispositivo da legislação peninsular dispõe que, no delito culposo, o evento deve ser causado por “negligência, imprudência, imperícia ou por inobservância de leis, regulamentos, ordens ou disciplinas”. Segundo a doutrina majoritária na Itália,<sup>141</sup> quando a inobservância do dever de cuidado se dá por negligência, imprudência ou imperícia, tem-se a culpa genérica; e, quando a inobservância do dever de cuidado ocorre em razão da inobservância de leis, regulamentos, ordens ou disciplinas, tem-se a culpa específica.

Essa classificação, em que pese o Código Penal brasileiro não ter a mesma redação do código italiano, é importante para fins didáticos e de precisão científica e, por este motivo, em suas linhas gerais, deve ser adotada. Assim, na

---

<sup>141</sup> CF: GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 67.

culpa específica<sup>142</sup> a regra de cuidado é prevista em algum instrumento normativo, seja ele lei, portaria, regulamento, norma da ABNT etc. De outro modo, na culpa genérica, a regra de cuidado não está prevista em instrumento normativo.<sup>143</sup>

Não se deve confundir culpa específica com a determinação precisa da regra de cuidado. No âmbito da culpa específica a regra de cuidado pode ser determinada com precisão ou não. Para exemplificar, é possível recorrer às normas de cuidado previstas no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). Na aludida lei são definidas diversas regras de cuidado que devem ser observadas no trânsito e que, caso desrespeitadas, podem dar ensejo à culpa específica. Algumas regras são precisas. Nesse sentido, destaca-se o art. 32 da Lei nº 9.503/97:

Art. 32. O condutor não poderá ultrapassar veículos em vias com duplo sentido de direção e pista única, nos trechos em curvas e em aclives sem visibilidade suficiente, nas passagens de nível, nas pontes e viadutos e nas travessias de pedestres, exceto quando houver sinalização permitindo a ultrapassagem.

Por outro lado, outras regras de cuidado definidas no CTB (Lei nº 9.503/97) não são precisas. Nesse sentido, destaca-se o art. 44:

Art. 44. Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência.

Na estrutura do tipo culposo a questão das condições pessoais do agente, tema da presente tese, tem relevância tanto na culpa genérica quanto na culpa

---

<sup>142</sup> Importa destacar que a culpa específica encontra seu fundamento no aumento das atividades de risco e tecnicamente complexas. O aumento destas atividades (trânsito, atividades industriais, atividades relacionadas à energia nuclear) implica no aumento de regras que buscam evitar lesões a bens juridicamente protegidos. Nesse sentido, GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 65.

<sup>143</sup> Grotto destaca que culpa genérica e culpa específica não são conceitos alternativos, e sim cumulativos. Isso porque, mesmo quando se está no âmbito da culpa específica, é necessário se atentar aos critérios que orientam a determinação do dever de cuidado na culpa genérica. (GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...*p. 71).

específica. Ocorre que, na culpa genérica, devido à ausência de qualquer parâmetro normativo para determinar a regra de cuidado, as condições pessoais do agente podem ser utilizadas para determinar a regra de cuidado a depender da posição adotada (posição individualizadora ou generalizadora).

Já na culpa específica, como a regra de cuidado é prevista em instrumento normativo, as condições pessoais do agente têm um campo de aplicação mais limitado no que tange à determinação da regra de cautela.

Quando a regra de cuidado é específica, como o art. 32 do CTB, não há margem para utilizar as condições do agente para determinar a regra de cuidado, independentemente da posição adotada.

De outro modo, quando a regra de cuidado, embora prevista em instrumento normativa, não for precisa, é possível defender a utilização das condições pessoais do agente para delimitar a regra de cuidado (dependendo da posição adotada: generalizadora ou individualizadora).

Quanto à previsibilidade do resultado, a divergência se mantém. Isso porque a previsibilidade do resultado, tanto na culpa específica quanto genérica, pode ser avaliada segundo se leve em conta as condições pessoais do agente ou não. No primeiro caso a previsibilidade seria subjetiva e no segundo, objetiva.

Ademais, a depender da estrutura do tipo culposo a ser adotada, as condições do agente podem ser utilizadas no tipo subjetivo como propõem Corcoy Bidasolo<sup>144</sup> e Struensee<sup>145</sup>. Na visão desses autores, tanto na culpa específica quanto na culpa genérica, as condições pessoais do agente seriam fundamentais.

No que tange à definição legal do conceito de culpa *stricto sensu*, é possível visualizar três modelos diferentes. O Código Penal alemão não traz qualquer definição do conceito de culpa, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência o desenvolvimento do instituto.

Em sentido oposto ao legislador alemão, o Código Penal italiano adota uma definição detalhada da culpa, feita no artigo 43. Vejamos seu conteúdo:

---

<sup>144</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito Imprudente...* p. 207.

<sup>145</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...*

*“Elemento psicologico del reato. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”.*

A definição da culpa feita no artigo 43 do código italiano como “elemento psicológico do delito” é fruto da concepção psicológica da culpabilidade<sup>146</sup> e apresenta algumas lacunas importantes que são destacadas pela doutrina italiana. Ao se referir à necessidade de um evento, por exemplo, o legislador não contempla os delitos culposos de mera atividade, e não há espaço na definição citada para a culpa imprópria.<sup>147</sup>

Na legislação brasileira existem duas definições de culpa. A primeira definição e que parece seguir o modelo italiano, é entrada no artigo 33 do Código Penal Militar, vejamos a transcrição:

Art. 33. Diz-se o crime:

**Culpabilidade**

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Percebe-se, claramente, que a legislação penal militar se vale das condições pessoais do agente para definir a culpa. Ocorre que, a legislação penal militar permanece sob a influência do sistema causalista de compreensão do delito. Evidência da influência causalista é manutenção da dicotomia erro de

<sup>146</sup> Nesse sentido: GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 9.

<sup>147</sup> Nesse sentido: GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 11.

fato (36)- erro de direito (35) e pela rubrica que determina ser o dolo e culpa tratados na culpabilidade. Neste contexto, e considerando a rubrica do artigo 33 do CPM, a culpa é elemento da culpabilidade. Assim, é natural que sua definição contemple a avaliação das condições pessoais do agente.

Caso a culpa, da forma como prevista no CPM, for considerada elemento do tipo penal, não se tem dúvida acerca da adoção de uma posição individualizadora na análise da tipicidade culposa. Mas repita-se, parece não ser esta a opção do legislador.

O Código Penal brasileiro, não obstante a influência exercida pela legislação italiana, não define a culpa de maneira detalhada, mas também não é completamente silente como o código alemão. A legislação pátria, adotando uma posição intermediária, define o crime culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.<sup>148</sup>

Se existe uma definição legal, ainda que não detalhada, a estrutura do crime culposo a ser desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência deve partir do conceito legal de culpa. Nesse aspecto, é de se destacar, inicialmente, a utilização da expressão resultado. Sobre o conceito de resultado no direito penal existem três teorias principais:<sup>149</sup> naturalista, normativa e eclética.

Antes, importa destacar que a doutrina, quando discute o significado da expressão resultado, centra os debates no art. 13 do Código Penal brasileiro. No entanto, em diversos outros artigos o legislador utilizou a mesma expressão. Logo, as teorias desenvolvidas para a análise do nexos causal valem também para o conceito de resultado previsto no art. 18, inciso II do Código Penal brasileiro.

---

<sup>148</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).Crime culposo (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>149</sup> Além das teorias naturalista, normativa e eclética, existem diversas outras teorias sobre o resultado. Por exemplo, Pagliaro adota a teoria do resultado significativo (PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milão: Giuffrè, 1993, p. 346-347). Ainda na doutrina italiana, Pietro Nuvolone afirma que “tanto a concepção naturalística, como a concepção jurídica de evento - embora colhendo alguns aspectos de verdade - não podem ser aceitas”. O autor sustenta que o resultado em Direito Penal seria a lesão ao interesse preexistente à norma penal e por ela tutelada. (NUVOLONE, Pietro. *O Sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177).

Para teoria naturalista, o resultado consiste na modificação do mundo exterior provocado pela ação humana.<sup>150</sup> Na concepção material, o resultado consiste na modificação no objeto material do delito; é a modificação perceptível no mundo exterior. Nesse sentido, por exemplo, o delito de calúnia não possui um resultado natural. Já em sua concepção formal, ou ideal, o resultado natural consiste também em modificação perceptível intelectualmente. Nesse sentido, Cunha Luna<sup>151</sup> acentua que o resultado natural pode consistir em modificação física ou psíquica no mundo exterior. É exemplo de efeito psíquico, provocado pela ação humana, a percepção da ofensa à honra nos delitos de injúria e difamação.

Seja em sua aceção material seja na formal, o resultado natural, enquanto efeito da ação, deve ser compreendido como modificação no mundo exterior ao sujeito ativo. Assim, eventuais alterações psíquicas ocorridas em relação ao sujeito ativo não são consideradas resultado. Destaca Cunha Luna<sup>152</sup> que a ação é externa ao sujeito ativo; o resultado ao sujeito ativo e à ação.

Nos termos da teoria naturalista os tipos penais podem ser classificados em materiais, formais e de mera conduta. Nos delitos materiais o resultado natural é indispensável para a consumação. Nos delitos formais é possível que ocorra um resultado natural, mas este resultado não é indispensável para a consumação. Já nos delitos de mera atividade não existe a possibilidade de resultado natural. Com efeito, segundo a teoria naturalista, existem crimes sem resultado.

A teoria normativa parte da ofensa ao bem jurídico penal para caracterizar o resultado. Nesse sentido, o resultado é a ofensa (lesão) ao objeto da tutela penal. A ofensa ao bem jurídico pode se dar através de um dano ou de um perigo

---

<sup>150</sup> Nesse sentido afirma Antolisei que “o evento verdadeiro e próprio é aquela modificação no mundo exterior, derivada da conduta humana, que se encontra contemplada no tipo penal: em outros termos, é efeito natural da conduta relevante para o direito penal” (ANTOLISEI, Francesco. *Il rapporto de causalità nel diritto penale*. Torino: ..., 1960, p. 314). Adotam o conceito naturalista de resultado: VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 75. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 205. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale - Parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1975. p. 180. MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Milenium, v. I, 2002. p. 73., dentre outros.

<sup>151</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 5.

<sup>152</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado...* p. 4.

de dano. Segundo a clássica definição de Rocco,<sup>153</sup> o dano é a materialização da ofensa, com a perda ou diminuição de um bem, ou o sacrifício, ou a restrição de um interesse humano.

O perigo consiste na potencialidade que determinada conduta tem de provocar um dano ao objeto da tutela penal. Alguns autores<sup>154</sup> definem o perigo como a possibilidade de dano ao objeto da tutela penal. Ocorre que um resultado será possível sempre que não existir uma lei natural que não o impeça de acontecer. Desse modo, o improvável também é possível.

Como destaca Costa Jr.<sup>155</sup> “para que não se alargue excessivamente o âmbito de abrangência do perigo, faz-se mister que se rejeite a mera possibilidade.” Com efeito, o perigo é mais que a possibilidade de dano, é a probabilidade de dano ao objeto jurídico. A probabilidade é, em um grau mais intenso de possibilidade, “o que costuma acontecer”. Averiguar a probabilidade consiste em um juízo feito com base na experiência humana. O juízo de probabilidade, que não se refere a uma probabilidade matemática ou estatística, é uma prognose, uma conjectura fundamentada sobre a experiência de casos semelhantes.

Assim, os delitos são classificados em crimes de dano e de perigo. E os crimes de perigo subdivididos em perigo concreto e perigo abstrato. Como todo delito, em homenagem ao princípio da ofensividade, provoca uma ofensa ao bem jurídico, para a concepção normativa, não existe crime sem resultado.

Paulo José da Costa Júnior<sup>156</sup> adota uma posição eclética. Para o autor paulista as teorias naturalista e normativa podem e devem coexistir na medida em que estão corretas naquilo que afirmam. Se é certo que existe crime sem

---

<sup>153</sup> ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Editorial IB de F. Buenos Aires: 2001.

<sup>154</sup> ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Trad. Jerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2001. p. 316. A definição de perigo efetuada por Rocco foi tida por Nélon Hungria como impecável. (HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, T. 2, 1978, p. 13.).

<sup>155</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 77. No mesmo sentido Nélon Hungria afirma que: “Sem dúvida alguma, a razão está com os que declaram a insuficiência da mera possibilidade. O perigo sob o prisma jurídico-penal não pode ser uma abstrata possibilidade ou uma eventualidade anormal ou incomum”. (HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, T. 2, 1978. p. 19).

<sup>156</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 56.

resultado natural, é também correto que todo delito provoca uma ofensa ao objeto da tutela penal.

O termo resultado, contido no art. 18, inciso II do Código Penal brasileiro, deve ser compreendido como resultado jurídico. O texto legal exige que o delito culposo provoque um resultado. Entretanto, existem crimes culposos que não provocam qualquer modificação no mundo exterior. São os delitos culposos de mera atividade. Se o resultado previsto no art. 18, inciso II, se referisse um resultado natural, os delitos culposos de mera atividade estariam excluídos do ordenamento jurídico. Ocorre que, por expressa previsão legal, o legislador optou por criar delitos culposos de mera atividade.

É importante destacar a existência de crimes culposos de mera atividade, posto que tal modalidade de crime vai ser utilizada para atacar a posição de Roxin quanto à estrutura do tipo culposos.

Em termos de técnica legislativa, é possível vislumbrar duas formas de criação de tipo culposos de mera atividade: 1) quando o dever de cuidado estiver expresso no tipo penal, ou 2) estabelecendo a punição, a título de culpa, de um crime doloso de mera atividade.

A primeira situação é inviável. Ora, se o dever de cuidado estiver previsto no tipo penal, estaríamos diante de um crime doloso de perigo, posto que o agente deveria, intencionalmente, violar o dever de cuidado na medida em que este está previsto no tipo penal.<sup>157</sup>

A segunda opção é a seguida pelo legislador. A partir de um tipo penal doloso de mera atividade é prevista a punição a título de culpa. São poucos os exemplos encontrados de tipos culposos de mera atividade. Na Parte Especial do Código Penal são exemplos de crimes culposos de mera atividade os previstos no art. 278, parágrafo único,<sup>158</sup> e art. 280, parágrafo único.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Nesse sentido cf: DONINI, Massimo. *L'elemento...* p. 132.

<sup>158</sup> Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal: Parágrafo único - Se o crime é culposos: Pena - detenção, de dois meses a um ano.

<sup>159</sup> Art. 280 - Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica: Modalidade culposa: Parágrafo único - Se o crime é culposos: Pena - detenção, de dois meses a um ano

Interessante notar que, em todos os tipos penais citados, a doutrina, ao analisar a forma dolosa, reconhece trata-se de um delito de mera atividade. No entanto, não se atenta para o fato de a forma culposa ser, também, um delito de mera atividade, o que traz inúmeras implicações dogmáticas.<sup>160</sup>

Já na legislação especial, a conduta do art. 38 da Lei nº 11.343/2006, quando praticada na modalidade prescrever,<sup>161</sup> pode ser citada como exemplo de crime culposo de mera atividade.

Os tipos culposos de mera atividade possuem uma estrutura bem semelhante aos tipos omissivos próprios, no sentido de que o tipo penal é caracterizado, simplesmente, pela omissão do agente em observar o dever de cuidado. Em termos de técnica legislativa, a melhor opção seria o legislador, ao invés de criar os delitos culposos de mera atividade, tipificar a mesma conduta na forma de omissão própria dolosa. Mas não foi esta a opção legislativa. Assim, além de reconhecer a existência de crimes culposos de mera atividade, é forçoso reconhecer que o resultado a que se refere o art. 18, inciso II, é um resultado normativo.

O mencionado art. 18, inciso II do Código Penal, faz, ainda, referência à negligência, imprudência e imperícia para caracterizar os delitos culposos. Ao contrário do que sustenta, por exemplo, Raul Machado,<sup>162</sup> negligência, imprudência e imperícia não são formas de crime culposo, mas sim formas específicas de inobservância de dever de cuidado.

A imprudência significa a inobservância da regra de cuidado através de uma conduta comissiva. A negligência se caracteriza por uma omissão em relação à regra de cuidado. Já a imperícia diz respeito a uma conduta, comissiva ou omissiva, referente à inobservância do cuidado devido em relação à prática de atividades profissionais.

---

<sup>160</sup> CF: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 346, 403 e 407.

<sup>161</sup> Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

<sup>162</sup> HORTA, Raul Machado. *A culpa...* p. 257.

Como bem observa Fernando Galvão,<sup>163</sup> no caso concreto pode ser difícil distinguir se a falta do dever de cuidado ocorreu por negligência, imprudência ou imperícia.

Destaca-se, ainda, que o Código Penal brasileiro, em relação ao dolo e à culpa, adotou o sistema italiano, em que o dolo é a regra e a culpa é a exceção. Desse modo, um determinado delito somente pode ser punido na forma culposa se existir expressa previsão legal. Este sistema é o que melhor atende ao princípio da legalidade.

Outro ponto a ser destacado é a posição sistemática da culpa no conceito analítico de delito.

O sistema causal naturalista de delito ou sistema clássico ou, ainda, sistema Liszt-Beling-Radbruch é estruturado sob o conceito de ação causalista. A ação, no sistema causalista, consiste, segundo Von Liszt, na mudança do mundo exterior referível à vontade do Homem.<sup>164</sup> No sistema causal a ação é destituída de elementos psíquicos. O conceito de ação causalista fundamenta a concentração de elementos objetivos no injusto, e de elementos subjetivos na culpabilidade.

Nesse sistema de compreensão do delito, desenvolvido sob o paradigma do positivismo científico, a culpabilidade consiste nonexo psicológico entre o sujeito e o resultado de sua conduta. Com efeito, o dolo, aqui compreendido como *dolus malus*, e a culpa são espécies de culpabilidade, sendo a imputabilidade seu pressuposto. Adota-se a denominada teoria psicológica da culpabilidade.

Com a introdução do neokantismo no direito penal alemão, surgiu o sistema neoclássico, também chamado de causalismo valorativo. Nesse sistema

---

<sup>163</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito penal...* p. 249-250. Zaffaroni, por sua vez, não dá relevância aso conceitos de negligência, imprudência e imperícia. Nesse sentido, afirma Zaffaroni que “[e]n rigor, la imprudencia, la negligencia y la impericia, son enunciados tradicionales que tienen un valor casi histórico” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. v. III. p. 387).

<sup>164</sup> Afirma Von Liszt que “Acção é, pois, o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivel á vontade do homem. Sem acto de vontade não há acção, não há injusto, não há crime: cogitationis panam nemo patitur. Mas também não há acção, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.” (LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão. T. I*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899. p. 193).

de compreensão do delito desenvolveu-se o conceito psicológico-normativo da culpabilidade. Para Frank, são elementos da culpabilidade: 1) a imputabilidade; 2) o dolo ou a culpa, e 3) a normalidade das circunstâncias concomitantes.<sup>165</sup> No causalismo valorativo, mesmo adotando pressuposto metodológico diferente do causalismo, a culpa continua como elemento da culpabilidade.

Hans Welzel<sup>166</sup>, na década de 30 do século passado, desenvolveu o conceito finalista de ação e, através de uma fundamentação ontológica, reestruturou a teoria do delito. Sobre o conceito de ação, Welzel explica que *“la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer ‘finalista’ y no solamente ‘causal’”*.<sup>167</sup> No sistema finalista, o injusto passa a ser entendido como injusto pessoal; o objeto de valoração, além do desvalor do resultado, é o desvalor da ação, o desvalor do comportamento pessoal do agente. Para Welzel, a ação somente é ilícita enquanto obra de um autor.

Diante do conceito de ação e do modelo de injusto desenvolvido por Welzel, dolo e culpa deixam de ser elementos da culpabilidade e passam a integrar o tipo penal. Welzel<sup>168</sup> adota e desenvolve a distinção feita por Dohna entre valoração do objeto e objeto da valoração, limitando a culpabilidade à valoração do objeto.

O finalismo, desde sua elaboração, foi objeto de diversas críticas, desde aquelas formulada por Mezger até as críticas de Roxin,<sup>169</sup> que contribuíram para o declínio da teoria de Welzel a partir dos anos 60. No entanto, mesmo em declínio, diversas soluções dogmáticas propostas pelo finalismo são aceitas sem maiores contestações. A posição sistemática tanto do dolo quanto da culpa no tipo penal é um exemplo.

---

<sup>165</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Ebuado Aboso e Tea Low. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002. p. 37.

<sup>166</sup> CF. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*. Uma introdução à teoria finalista da ação. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque De palma, 1956.

<sup>167</sup> . WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, p. 39.

<sup>168</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal...*, p. 151.

<sup>169</sup> Conferir: ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. *In Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos. Lisboa: Vega, p. 91-144.

A partir do finalismo, independentemente, da vertente metodológica adotada, a grande maioria dos autores reconhece que dolo e culpa são elementos do tipo penal. No funcionalismo sistêmico de Jakobs,<sup>170</sup> dolo e culpa são elementos do tipo penal, assim como no funcionalismo teleológico de Roxin.<sup>171</sup>

Somente o dolo como elemento do tipo penal é capaz de trazer uma solução sistematicamente correta para a tentativa. É sabido que somente o dolo do agente é que pode determinar qual o delito tentado. Caso o dolo fosse elemento ou forma de culpabilidade, a definição de qual tipo penal foi tentado ocorreria após a análise da culpabilidade, o que é, dogmaticamente, incorreto. Analisar a culpabilidade e depois retornar à tipicidade para definir qual tipo penal foi tentado é absolutamente incoerente do ponto de vista sistemático.<sup>172</sup>

O que se defende é que a localização da culpa (e do dolo) no tipo penal não depende da opção metodológica acerca do sistema de compreensão do delito, e sim das melhores respostas dogmáticas que esta solução representa. Com efeito, definir a localização sistemática da culpa no tipo penal não significa aderir completamente ao finalismo de Welzel nem aos seus aspectos metodológicos, não obstante se reconheça os enormes méritos do finalismo e da obra de Welzel.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Trad. Joaquim Cuelo Contreras e José Luiz Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>171</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* P 412-455 e 993-997

<sup>172</sup> Nesse sentido explica Roxin que “[a] teoria finalista da ação formulou o injusto e a culpabilidade sobre fundamentos essencialmente aperfeiçoados, de forma que sua ressonância internacional é bastante compreensível. Não se pode mesmo compreender o injusto, por exemplo, do furto ou do estelionato ou ainda da tentativa sem recorrer aos fins subjetivos propostos pelo autor. E quando se conceitua a culpabilidade - como faz a teoria finalista da ação -, não como conceito compreensivo dos elementos subjetivos, mas como ‘reprovabilidade’, nela podem ser integrados, sem problema algum, os elementos objetivos de que depende a reprovação da culpabilidade.”( ROXIN, Claus. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 82/2010. p. 24-47, jan.-fev. 2010. p. 4).

<sup>173</sup> Sobre este ponto conferir: ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 65/2007. p. 9-25, mar.-abr. 2007. Vale destacar a seguinte passagem de Roxin: O desenvolvimento moderno da dogmática penal afastou-se da doutrina da ação final. No lugar da "fundamentação do sistema penal em estruturas ontológicas" instalaram-se, na doutrina do fato punível, concepções de orientação normativa, sistemática e de política criminal. E ainda assim o finalismo representa hoje mais do que uma época ultrapassada do pensamento penal. Apesar de ainda acreditar nas críticas por mim desenvolvidas há 40 anos no texto "Crítica à teoria final da ação", e saber que estas críticas contribuíram para o declínio da doutrina finalista, estou longe de negar as realizações e contínuos efeitos positivos deste modo de pensar o direito penal. No meu período de estudante, início dos anos 50, o finalismo estava na era de sua grande florescência. E devo reconhecer que foi a

### 2.1.2 Estrutura do tipo culposo

O estudo sobre a estrutura do tipo penal culposo envolve a definição dos elementos necessários para a configuração da tipicidade culposa. No que se refere à estrutura do tipo culposo, um ponto importante é se as condições pessoais do agente são levadas em consideração para estabelecer o conteúdo dos elementos do tipo culposo. Este assunto, por ser o objeto central da presente tese, será analisado detalhadamente nos próximos tópicos deste capítulo.

Sobre o tipo culposo, Hirsch acentua que falta uma completa clareza sobre a estrutura do injusto.<sup>174</sup> Isso ocorre devido ao fato de existir uma pluralidade de concepções sobre a estrutura do tipo culposo. Desde os autores causalistas até as atuais concepções funcionalistas é possível perceber vários modos de estruturar o tipo culposo. Diante disso, é importante discorrer e procurar sistematizar as concepções de tipo culposo para, ao final, definir qual a sua estrutura.

No sistema causal de compreensão do delito, desenvolvido, inicialmente, por Liszt e Beling, como o dolo e a culpa eram elementos da culpabilidade, o tipo culposo, que não era diferente do tipo doloso, era constituído, basicamente, pelo nexos de causalidade. Ou seja, o tipo penal culposo era destinado à análise do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado.<sup>175</sup>

Em um segundo momento do causalismo, denominado de causalismo valorativo ou neokantismo, o tipo penal tem a mesma estrutura do sistema anterior.<sup>176</sup> Tanto no causalismo quanto no causalismo valorativo toda a análise dos elementos da culpa é realizada na culpabilidade.

---

fascinação por esta teoria que me tornou um penalista. Em um dos meus últimos encontros pessoais com Welzel, no ano de 1974, em Ludwigsburg, passamos uma tarde toda juntos, e eu lhe contei esta história, dizendo que no fundo, eu o havia sempre reverenciado. E ele me respondeu, em sua forma sóbria e sensata: "Muito bom que me dizes isto. Mas talvez não tenhas em suas publicações sido claro o suficiente neste sentido". Então devo aqui, já em fase adiantada da vida, reparar esta falha! (ROXIN, Claus. *Finalismo*: um balanço... p. 1).

<sup>174</sup> HIRSCH, *Sobre lo injusto...* p. 208.

<sup>175</sup> Cf: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. — Editores, 1899.

<sup>176</sup> Cf: BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

Limitar o tipo culposo à análise entre conduta e resultado, embora seja uma característica do causalismo, não é uma exclusividade dos autores que optam por este sistema de compreensão do delito.

Diversos autores italianos, mesmo sem adotar os fundamentos metodológicos do causalismo, sustentam que a análise de dolo e culpa deve ser feita na culpabilidade. Nesse sentido, por exemplo, Padovani<sup>177</sup> e Marinucci e Dolcini.<sup>178</sup>

Ainda no sistema causalista de compreensão do delito, a posição sistemática da infração do dever de cuidado é modificada. Nesse sentido, Baumann,<sup>179</sup> mantém a estrutura do tipo culposo limitada à análise do nexo de causalidade entre ação e resultado. Todavia, o autor entende que a violação à norma de cuidado deve ser analisada na ilicitude, e não na culpabilidade, como defendem a maioria dos autores adeptos do causalismo.

Baumann faz uma série de críticas às posições de Welzel. Para o autor, considerar a existência de tipos abertos viola o princípio da legalidade. Em sua visão, o tipo penal não necessita de complementação, o que impede considerar a inobservância do dever de cuidado um elemento do tipo. Para Baumann, o tipo penal tem função indiciária da ilicitude, na medida que descreve um resultado proibido provocado pelo autor. Já a infração do dever de cuidado é mais que um indício da ilicitude, é a própria ilicitude.

O autor ainda argumenta que aceitar a teoria do injusto pessoal de Welzel transformaria o tipo penal em tipo de autor. Com esses argumentos Baumann rechaça a violação ao dever de cuidado como elemento do tipo e mantém a estrutura do tipo culposo nos moldes preconizados pelo causalismo.

Todavia, Baumann se afasta da posição comum dos causalistas de considerar a infração do dever de cuidado como elemento da ilicitude. Argumenta o autor que a ilicitude é uma só para todo o direito, e o Direito Civil aceita como lícito determinado resultado desde que o agente tenha observado

---

<sup>177</sup> PADOVANI, Tulio. *Diritto penale*. 10. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p.107 e seguintes.

<sup>178</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale*. Parte generale. Milão: Giuffrè, 2001. p. 153 e seguintes.

<sup>179</sup> BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1973. p. 176 e seguintes.

as normas de cuidado. Desde modo, a infração ao dever de cuidado deve ser analisada na ilicitude.

Com o advento do finalismo, dolo e culpa deixaram de ser elementos ou formas de culpabilidade e passaram a integrar o tipo penal. Com essa mudança, o debate sobre os elementos da tipicidade culposa ganhou relevo, haja vista que o tipo penal não se resumiria ao nexos causal entre ação e resultado.

Para Welzel, o ponto central do tipo culposos deixa de ser a provocação de um resultado típico e passa a ser a violação ao dever objetivo de cuidado.<sup>180</sup>

É verdade que Engisch,<sup>181</sup> em razão de sua teoria da adequação, já trabalhava a violação ao dever de cuidado enquanto elemento do tipo penal. Mas foi com o finalismo que o dever objetivo de cuidado foi sistematizado e ganhou destaque enquanto elemento do tipo penal objetivo, de modo que, atualmente, a doutrina majoritária aceita que o cerne do tipo culposos é a violação ao dever de cuidado.

A ação que viola o dever de cuidado é decisiva na construção do tipo culposos. Como a ação violadora do dever de cuidado não está prevista no tipo penal, Welzel sustenta que os tipos culposos são tipos abertos. Tipos abertos, ao contrário dos tipos fechados, não contêm a descrição da conduta proibida; eles descrevem, somente, o resultado proibido. Os tipos abertos, expressam somente um dever jurídico e devem ser complementados, no caso concreto, por meio de um juízo de valor por parte do magistrado.<sup>182</sup>

Para Welzel, a ação é a atividade humana voluntária dirigida a um resultado proibido. Este conceito de ação foi desenvolvido pelo autor para englobar tanto a ação dolosa quanto a culposa, tanto a ação comissiva quanto a omissiva. No crime culposos a finalidade do agente, evidentemente, não pode ser alcançar o resultado proibido, pois, se assim fosse, a ação seria dolosa. Assim, para Welzel, a finalidade no crime culposos seria uma finalidade potencial.

---

<sup>180</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal*. Uma introdução à teoria finalista da ação. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 76 e seguintes.

<sup>181</sup> ENGISCH, Karl. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

<sup>182</sup> Sobre o tema, a crítica de Jakobs é irrefutável. Afirma o autor que os delitos imprudentes são tanto delitos de infração de um dever quanto os delitos dolosos.

A finalidade potencial foi objeto de diversas críticas, inclusive dos próprios finalistas. A principal crítica veio de Niese.<sup>183</sup> O autor finalista acentua que a finalidade, enquanto dado ôntico, ou é ou não é. Segundo Niese, a finalidade potencial pertence ao mundo do dever ser, e não à realidade ontológica, como pretendia Welzel. Assim, a finalidade potencial não poder ser utilizada como um elemento ontológico para fundamentar o injusto culposos porque, simplesmente, não é um elemento ontológico.

Diante das críticas, Welzel alterou o conteúdo da finalidade na ação culposa. Em um segundo momento, o autor passou a sustentar que a finalidade na ação culposa não é meramente potencial, mas tem como objeto a escolha dos meios. Nas palavras de Welzel:

Os delitos culposos baseiam-se também na consideração da ação humana como obra: a vontade que, partindo do fim, seleciona os meios da ação necessários para a consecução, deve atender na seleção e utilização dos meios às consequências que estes possam produzir.<sup>184</sup>

Não obstante a mudança de posição de Welzel, a posição majoritária no finalismo sobre a finalidade no delito culposos foi desenvolvida por Niese, para quem, nos delitos dolosos, existe uma finalidade. Todavia, ao contrário dos delitos dolosos, a finalidade nos delitos culposos é dirigida a um fim lícito.<sup>185</sup>

Sobre a estrutura do tipo culposos, Welzel, como já acentuado, compreende que a violação do dever objetivo de cuidado deve ser o ponto central. Ele propõe que a análise da violação ao dever de cuidado se dê em dois momentos. No primeiro momento é analisada a previsibilidade objetiva, ou seja, o resultado típico deve ser previsível *ex-ante* para um observador externo. Contudo, nem toda ocorrência de um resultado típico previsível viola o dever objetivo de cuidado. Assim, em um segundo momento, é necessário averiguar

---

<sup>183</sup> NIESE, Werner. *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in Jus, 1951, I, 267. Niese, inclusive, estabelece um conteúdo para a finalidade que é adotado e repetido por diversos autores. Segundo o autor, no delito doloso a finalidade é dirigida para a prática do resultado. Nos delitos culposos existe uma finalidade, todavia ela é dirigida a um resultado lícito.

<sup>184</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p. 76.

<sup>185</sup> NIESE, Werner, *La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco*, in Jus, 1951, I, 267. Hirsch considera que a finalidade potencial constituiu um caminho errôneo do início do finalismo. Para Hirsch, quem desenvolveu a concepção definitiva do finalismo sobre a finalidade no tipo culposos foi, de fato, Niese. (HIRSCH, *Sobre lo injusto...* p. 208).

se um agente violou alguma norma de cuidado, praticando a conduta que extrapole o risco permitido. A norma de cuidado deve ser, na visão de Welzel, determinada objetivamente, de modo que as condições pessoais do agente devem ser analisadas na culpabilidade. Na delimitação do dever objetivo de cuidado aludido autor recorre ao homem médio.

Na obra de Welzel, o resultado é elemento do tipo penal culposos.<sup>186</sup> No entanto, o autor não confere ao resultado a mesma relevância que é dada pelos causalistas, até mesmo porque o resultado não é o fim almejado pelo agente, como ocorre nos delitos dolosos.

Não obstante ser elemento do tipo, Welzel entende que o resultado não desempenha uma função constitutiva do injusto culposos, e sim uma função limitadora na escolha das condutas puníveis quando violadoras do dever objetivo de cuidado. De fato, se não fosse exigência da vinculação normativa entre resultado e violação ao dever de cuidado, o resultado poderia ser compreendido como uma condição objetiva de punibilidade.

Em resumo, a estrutura do tipo culposos para Welzel é composta pelos seguintes elementos: 1) violação ao dever de cuidado, que deve ser avaliada através da previsibilidade objetiva e da violação da regra de cuidado; 2) resultado, e 3) vínculo normativo entre violação do dever de cuidado e o resultado.

Essa estrutura do tipo culposos desenvolvida por Welzel, não obstante inúmeras críticas, tem influenciado, ao longo do tempo, diversos autores que, mediante alguns ajustes, a aceitam no que é essencial. A influência de Welzel é tão perceptível que, por exemplo, Torío López, em um primeiro momento, demonstrou preferência pela construção dos crimes culposos do neokantismo<sup>187</sup> e, posteriormente, após analisar a obra de Welzel, aderiu à construção deste sobre o delito culposos.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Welzel é expresso ao destacar que ao tipo dos delitos culposos pertence também, junto à ação típica e como outro elemento do tipo um resultado. WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p. 83.

<sup>187</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 27, fasc/mes 1, 1974. p. 25-60.

<sup>188</sup> TORÍO LÓPEZ, Ángel. *El conocimiento de la antijuricidad nel delito culposos*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 33, fasc/mes 1, 1980. p. 79-92.

Mesmo discordando de Welzel quanto a posição sistemática das condições pessoais do agente, Stratenwerth, também finalista, partindo da teoria da adequação, destaca, assim como Welzel, que o tipo culposo não pode se limitar a causação de um resultado.<sup>189</sup>

Para o autor, a contrariedade ao dever de cuidado também integra a tipicidade culposa. Além de conceber o resultado enquanto elemento do tipo culposo, o autor difere de Welzel ao defender que a definição do dever de cuidado deve ser feita com fundamento nas condições pessoais do agente, assim como a previsibilidade que deve ser compreendida como previsibilidade subjetiva. O autor também acentua que, assim como no tipo doloso, o tipo culposo somente se realiza com a criação ou incremento do risco não permitido e o resultado enquanto realização do risco. No entanto, ele não explica qual a diferença entre a violação ao dever de cuidado e criação ou incremento do risco não permitido.

Diversos outros autores foram influenciados por Welzel quanto à estrutura do tipo culposo. Na doutrina brasileira, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt são influenciados pela estrutura do tipo penal culposo proposta por Welzel. Nesse sentido, Luiz Regis Prado, seguindo Welzel, define como elementos do tipo culposo: a) a inobservância do dever de cuidado; b) a produção de um resultado e o nexos causal; c) a previsibilidade objetiva do resultado, e d) a conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado.<sup>190</sup>

A influência de Welzel quanto à estrutura do tipo culposo, conforme será demonstrado mais adiante, chegou também nos tribunais brasileiros, posto que a estrutura do tipo culposo aceita por tais tribunais é bem semelhante à estrutura proposta pelo autor.

Com o desenvolvimento e aceitação da teoria da imputação objetiva, a estrutura do tipo culposo foi afetada. Alguns autores, como Grotto,<sup>191</sup> simplificam

---

<sup>189</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra, Civitas, 2000. p. 419.

<sup>190</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 377.

<sup>191</sup> GROTTTO, Marco. *Principi di colpevolezza...* p. 239.

a questão da imputação objetiva, reduzindo-a a um critério de correção do nexo causal. No entanto, a questão é mais complexa e a influência na estrutura do tipo culposo é grande.

Importante destacar que não existe apenas uma teoria da imputação objetiva, mas diversas teorias da imputação objetiva do resultado. Existem diferenças marcantes entre as posições de Roxin,<sup>192</sup> Jakobs<sup>193</sup> e Frisch,<sup>194</sup> por exemplo.

Analisar todas as nuances das teorias da imputação objetiva fugiria ao propósito desta tese. A imputação objetiva, nos termos propostos por Roxin, por ser a forma mais debatida e por ser a mais bem estruturada teoria da imputação objetiva, será a adotada na presente tese.

Com o advento da imputação objetiva é possível vislumbrar, no que tange à estrutura do tipo culposo, dois posicionamentos diferentes: 1) acrescentar a imputação objetiva aos elementos tradicionais do tipo culposo, e 2) substituir os elementos do delito culposo pela imputação objetiva.

A posição majoritária é que a imputação objetiva deve ser utilizada no âmbito da estrutura do tipo culposo juntamente com os demais elementos da tipicidade culposa. Assim, o elemento central do tipo culposo continua sendo a violação ao dever de cuidado, mas os critérios de imputação objetiva do resultado devem ser agregados à estrutura do tipo culposo. Adotam esta posição, dentre outros autores: Jakobs,<sup>195</sup> Jescheck/Weingend,<sup>196</sup> Corcoy Bidasolo,<sup>197</sup> Bernardo Feijòo,<sup>198</sup> Figueiredo Dias.<sup>199</sup> Na doutrina brasileira

---

<sup>192</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* e ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>193</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* e JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>194</sup> FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

<sup>195</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* p. 222-307.

<sup>196</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de Derecho...*

<sup>197</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito imprudente...* p. 279 e seguintes.

<sup>198</sup> FEIJÒO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 321.

<sup>199</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. T. I 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 868.

adotam essa posição, dentre outros, Juarez Tavares<sup>200</sup> e Juarez Cirino dos Santos.<sup>201</sup>

Entretanto, não existe uma forma única de acrescer a imputação objetiva ao tipo culposo. Nesse sentido, é importante destacar as principais posições sobre o assunto.

Jescheck/Weigend, adeptos da teoria social da ação, também constroem a estrutura do tipo culposo em torno da infração do dever de cuidado.<sup>202</sup> Para os autores, o tipo culposo é composto pela violação ao dever objetivo de cuidado e pela provocação de resultado típico previsível.

O primeiro requisito para caracterizar a violação ao dever de cuidado é a possibilidade de identificar e valorar corretamente a situação de perigo para o bem jurídico.<sup>203</sup> Para tanto, deve-se levar em consideração a proximidade do perigo e o valor do bem jurídico exposto a perigo. A avaliação do perigo deve ser feita *ex-ante* e o critério para estabelecer qual a atenção se exige do autor para a identificação do perigo é o de uma pessoa prudente e criteriosa que pertença ao mesmo círculo social do autor.

Uma vez identificado o perigo, surge o dever de realizar uma conduta adequada para evitar a lesão a bens jurídicos. O comportamento adequado (que pode ser a omissão de uma ação perigosa, a realização de uma ação precavida em uma situação de perigo ou ainda o dever de se informar) deriva de norma técnicas ou, em sua ausência, como mencionado anteriormente, deve-se utilizar do parâmetro da pessoa prudente e criteriosa que pertença ao mesmo círculo social do autor para determinar qual seria o comportamento adequado e cotejar tal comportamento com o comportamento do autor.

Sendo possível reconhecer o perigo, e caso o agente não atue de forma adequada para evitar a lesão ao bem jurídico, estará violado o dever objetivo de cuidado.

---

<sup>200</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...* p. 329

<sup>201</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 95 e seguintes.

<sup>202</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 620 e seguintes.

<sup>203</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado...*p. 622.

Além da violação ao dever de cuidado, Jescheck/Weigend acentuam que é necessário a provocação de um resultado previsível para a existência do tipo culposo. O resultado proibido deve ter sido causado pela conduta do agente segundo a fórmula das condições adequadas adotada por ele.

É necessário, ainda, um vínculo normativo entre o resultado e infração ao dever de cuidado. Ou seja, o resultado deve ter sido provocado pela violação do dever de cuidado. Esse vínculo entre a infração do dever de cuidado e o resultado é estabelecido pela teoria da imputação objetiva. Com efeito, Jescheck/Weigend utilizam da criação/incremento do risco proibido, realização do risco proibido e âmbito de proteção da norma para estabelecer o vínculo entre resultado e violação ao dever de cuidado.

Bernardo Feijóo propõe que a criação e implementação do risco proibido sirvam como critério de determinação do dever de cuidado.<sup>204</sup> Importante destacar que, na visão de Feijóo, a utilização do risco permitido como critério delimitador do dever objetivo de cuidado não é uma substituição das regras de cuidado pelo risco permitido. Nesse sentido, explica Bernardo Feijóo que:

*“El instituto del riesgo permitido supone la plasmación de que la imprudencia no siempre se ve determinada por todo el cuidado posible para el autor, sino también por el cuidado minimamente necesario per la vida de relación.”<sup>205</sup>*

Além da violação do dever de cuidado, a tipicidade culposa, assim como a dolosa, exige um resultado típico. E a imputação desse resultado típico deve ter como critério o fim de proteção da norma de cuidado.<sup>206</sup>

Corcoy Bidasolo<sup>207</sup> também constrói uma estrutura do tipo culposo de modo que os critérios de imputação objetiva são somados à violação do dever de cuidado. Para a autora espanhola, o tipo culposo é dividido em duas partes: uma parte objetiva, formada pela violação do dever de cuidado e imputação objetiva, e uma parte subjetiva, formada pela violação ao dever subjetivo de

---

<sup>204</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 267.

<sup>205</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 267.

<sup>206</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 323.

<sup>207</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito Imprudente...*p 297 e seguintes.

cuidado. O tipo objetivo é composto pelo dever objetivo de cuidado e pela imputação objetiva do resultado; já o tipo subjetivo é composto pelo dever subjetivo de cuidado.

Um outro grupo de autores, sustentando uma posição minoritária, propõe a substituição dos elementos tradicionais (dever objetivo de cuidado...) pela imputação objetiva do resultado. A aludida estrutura do tipo culposo é defendida, inicialmente, por Roxin,<sup>208</sup> e é adotada no Brasil por Fábio D'Avila.<sup>209</sup> Nesse sentido é importante explicar a posição de Roxin.

No sistema funcionalista de compreensão do delito, Roxin reformula a estrutura do tipo culposo. Para o autor, como já acentuado, o conteúdo do tipo culposo é composto, exclusivamente, pelos critérios de imputação objetiva. O essencial nos tipos culposos é a imputação objetiva resultado que pressupõe a realização de um perigo criado pelo sujeito que supera o risco permitido dentro do marco de proteção da norma. À propósito, Luís Greco evidencia a proximidade entre a imputação objetiva e o crime culposo ao afirmar que “imputação objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a teoria do crime culposo – só que com diversos nome e alcance”.<sup>210</sup>

Inicialmente, Roxin estabelece uma crítica à doutrina tradicional que tem como elementos do tipo culposo, dentre outros, a infração ao dever de cuidado, a previsibilidade, a evitabilidade e o resultado típico.<sup>211</sup> Roxin parte de três situações: 1) o caso do jovem que marca um encontro com a sua namorada e ela é esmagada por um meteoro; 2) aquele que conduz um automóvel observando as regras de trânsito, mas provoca a morte de outrem, e 3) quando o agente somente colabora com a autocolocação em perigo doloso de outro ou pode invocar o princípio da confiança.

Nas três hipóteses acima é inegável que o agente não viola normas de cuidado, e Roxin reconhece isso. No entanto, o critério da violação ao dever de

---

<sup>208</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 999.

<sup>209</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 83.

<sup>210</sup> GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 44 seguintes.

<sup>211</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 999.

cuidado seria mais vago e impreciso do que os critérios de imputação objetiva. Assim, a solução proposta para as três situações acima seria dada pelos critérios da imputação objetiva do resultado. Na situação prevista no item 1 faltaria a criação de risco não permitido; na situação prevista no item 2 não haveria a realização de risco não permitido; já nas hipóteses previstas no item 3, o alcance do tipo não abarcaria os resultados.

Ensina Roxin que a “imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo”.<sup>212</sup> A imputação objetiva, segundo o autor, deve ser realizada em três planos: 1) a criação do risco não permitido; 2) a realização do risco não permitido, e 3) o alcance do tipo penal.

O primeiro plano da imputação objetiva é a criação de um risco não permitido. Faltarão o risco não permitido quando a conduta não criar um perigo ao bem jurídico, quando não aumentar o risco de maneira juridicamente relevante ou quando diminuir o risco.

Já o segundo plano da imputação objetiva consiste na realização do risco não permitido. Com efeito, faltando a realização do perigo, não há imputação do resultado. Isso ocorre quando autor cria um perigo não permitido, mas o resultado ocorre em razão de um curso causal imprevisível. Faltando a realização do risco, também não há imputação do resultado, como no conhecido caso da fábrica de pincéis. Faltaria, ainda, a realização do risco não permitido quando o resultado não estiver abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado, como no conhecido caso dos ciclistas.

Por fim, o terceiro plano de imputação objetiva é o alcance do tipo. Nesse plano, Roxin trabalha os casos de cooperação em uma colocação em perigo dolosa, isto é, a colocação em perigo aceita por um terceiro, e quando a possibilidade de evitar o resultado está na esfera de responsabilidade de outro.

---

<sup>212</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 364.

Estabelecido que o conteúdo dos crimes culposos é composto pelos critérios de imputação objetiva, Roxin explica os critérios para determinar a criação e realização do risco proibido nos delitos imprudentes.

As normas jurídicas, como as normas de circulação, seriam parâmetros importantes para a determinação do perigo proibido e sua realização. O desrespeito a uma norma de circulação é um indício forte de criação e realização do risco proibido. No entanto, alerta Roxin que a violação a uma norma de circulação, por si só, não fundamenta a imprudência, pois o que é perigoso em abstrato pode não ser no caso concreto.<sup>213</sup>

Também as regulamentações criadas por associações privadas para disciplinar a realização de determinadas atividades seriam importantes para delimitar o perigo proibido e sua realização. Roxin cita o exemplo das regras para a prática de esqui da federação internacional de esqui. A prática do citado esporte sem observar tais regras seria um indício de criação do perigo proibido.<sup>214</sup>

Outro critério adotado por Roxin<sup>215</sup> é o princípio da confiança, aplicado em três situações pelo autor. A primeira hipótese de aplicação desse princípio é em relação às normas de circulação. De um modo geral, aquele que segue as regras de trânsito pode confiar que os outros também sigam, salvo quando existirem indícios concretos em contrário.

Também é possível aplicar o princípio da confiança na divisão de trabalhos. Roxin<sup>216</sup> cita a cooperação em caso de atuação médica. Numa cirurgia o médico de uma determinada especialidade pode confiar que outro especialista atue corretamente. Por fim, Roxin<sup>217</sup> cita a prática de crimes dolosos por outras pessoas.

Ainda como critério para criação e realização do risco proibido, Roxin adota o que ele denomina de figura barema.<sup>218</sup> Entende o autor que, no caso

---

<sup>213</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1001.

<sup>214</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1003.

<sup>215</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1004.

<sup>216</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1005.

<sup>217</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1006.

<sup>218</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1009.

concreto, deve-se perguntar como teria se comportado na mesma situação uma pessoa consciente e cuidadosa. Caso o agente tenha se comportado da mesma forma não haveria a criação do risco proibido.

Por fim, Roxin<sup>219</sup> entende que os deveres de informação e de abstenção da conduta perigosa são, também, parâmetros para a criação e realização do risco proibido. Segundo o autor, aquele que se propõe a realizar condutas perigosas para bens jurídicos deve se informar das regras de cuidado e, caso não seja possível se informar ou não seja possível realizar a conduta conforme as regras, deve se abster de praticá-la. Caso o agente não se informe ou não se abstenha, terá criado um risco proibido.

Roxin tem razão, no que é essencial, quanto a estrutura do tipo culposo. De fato, os critérios de imputação objetiva substituem com maior clareza e eficácia a violação ao dever de cuidado e permitem uma análise mais precisa do tipo culposo. Importa destacar que, embora se aceite a estrutura do tipo culposo como defendido por Roxin, a presente tese diverge de Roxin no que se às condições pessoais do agente e especificamente quando os agentes possuírem uma capacidade superior. Este ponto será abordado posteriormente.

A criação do risco não permitido substitui com maior precisão conceitual a violação ao dever de cuidado. É importante destacar que, sempre que ocorre a criação de um risco não permitido, ocorreu uma violação ao dever de cuidado nos termos da doutrina majoritária. Não existe uma situação em que a doutrina majoritária afaste a violação ao dever de cuidado e esteja caracterizada a criação de um risco não permitido. Ademais, a criação do risco não permitido é permeada de critérios, como já expostos, que corrigem a abrangência excessiva da violação do dever de cuidado.

Já a realização do risco substitui, também com mais precisão, a previsibilidade objetiva na medida em que, além de excluir a imputação no caso de resultado ser objetivamente imprevisível, exclui a imputação do resultado quando este estiver abrangido pela finalidade de proteção da norma de cuidado como critério.

---

<sup>219</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1009.

Somente com a criação e realização do risco proibido já está demonstrado que a imputação objetiva substituiu os elementos tradicionais do delito culposo com mais precisão. No entanto, a imputação objetiva ainda traz um terceiro nível de imputação, que é o alcance do tipo.

A estrutura do tipo culposo proposta por Roxin está em harmonia com o que se defende nesta tese. Defende-se que as condições pessoais do agente no âmbito do tipo culposo devem ser valoradas na culpabilidade. Assim, se a análise do tipo culposo independe de questões pessoais do agente, nada mais lógico do que defender que o tipo culposo corresponde à imputação objetiva do resultado.

Ora, acrescentar outros elementos além da imputação objetiva só se justificaria se fossem elementos que se referissem às condições pessoais do agente. Com efeito, a estrutura do tipo culposo, adotada na presente tese, é composta pelos critérios de imputação objetiva nos moldes propostos por Roxin.

Já as críticas lançadas contra a posição de Roxin, e aceitas nesta tese, são superficiais e não merecem prosperar.

A principal crítica endereçada à estrutura do tipo culposo proposta por Roxin diz respeito aos delitos culposos de mera atividade. Nesse sentido, acentua Juarez Tavares que a existência de crimes culposos de mera atividade inviabilizaria a aceitação da posição de Roxin. Sobre o assunto assevera Juarez Tavares:

Inclusive, esta separação entre a análise da infração à norma de cuidado e os critérios de imputação objetiva é absolutamente necessária em face dos delitos culposos de mera atividade, que se apresentam cada vez mais frequentes na legislação penal e nos quais seria inaplicável a limitação da causalidade, porquanto inexistiria a referência material (o resultado) para torná-la efetiva.<sup>220</sup>

A crítica de Juarez Tavares não é correta, posto que a existência de crimes culposos de mera conduta em nada afeta a estrutura do tipo culposo ora defendida. Na posição majoritária, defendida por Tavares, os crimes culposos de mera atividade, diante da impossibilidade de um resultado natural, são compostos exclusivamente pela infração ao dever de cuidado. Na opinião de

---

<sup>220</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do crime...* p. 299.

Tavares os critérios de imputação objetiva não são aplicáveis aos aludidos delitos.

Na posição defendida nesta tese, a estrutura do tipo culposo de mera atividade é caracterizada pela criação, não dolosa, de um risco proibido para o bem jurídico. Ressalta-se que o critério do risco proibido é mais completo e contém mais parâmetros do que a violação ao cuidado devido, o que torna a posição adotada mais garantista e estabelece um limite mais preciso ao poder punitivo estatal.

É possível advogar que aceitar a tese de Roxin significa retirar a autonomia do crime culposo em relação ao delito doloso.

Aceitar que a estrutura do tipo culposo é composta pela imputação objetiva não significa retirar a autonomia do crime culposo em relação ao crime doloso. No próprio tipo penal é possível perceber a autonomia do tipo culposo. O tipo doloso contém elementos que não existem no tipo culposo. Ademais, conter elementos comuns não significa perda de autonomia. Significa, simplesmente, que dolo e culpa fazem parte de um mesmo sistema e desempenham funções semelhantes. Logo, é natural que existam elementos em comum.

Destaca-se, ainda, que aludida autonomia é reafirmada na culpabilidade. Nela, isto é, na culpabilidade, o juízo de reprovação, conforme o injusto seja doloso ou culposo, vai, mais uma vez, conter elementos comuns e elementos distintos.

Uma outra crítica é lançada por Hirsch e está relacionada à previsibilidade objetiva enquanto elemento do tipo culposo. Para o autor, a previsibilidade objetiva do resultado serve para delimitar *“la concreta contrariedad al cuidado debido de una acción en relación con el objeto material protegido por el tipo”*.<sup>221</sup> Hirsch explica que a previsibilidade objetiva é importante dentro da estrutura do tipo culposo, pois é em razão dela que se analisa na estrutura típica as regras de experiência.

---

<sup>221</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto del delito imprudente*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n. 16, 2005. p. 215.

O que se pretende com a previsibilidade objetiva é determinar *ex-ante* a probabilidade de que a ação descuidada pode provocar um resultado proibido. Caso se afirme que era provável a ocorrência do resultado, então, o resultado era objetivamente previsível. De outro modo, caso se afirme que o resultado não era provável não estará presente a previsibilidade objetiva.

A análise da probabilidade deve ser feita, como já dito, *ex-ante*, e levar em consideração aspectos normativos e regras de experiência. Para aqueles casos em que a regra de cuidado é dada por uma norma, a análise de probabilidade é feita com base em aspectos normativos e regras de experiência. Todavia, casos em que inexistente regulamentação normativa do cuidado a ser observado, a análise de probabilidade é realizada somente com base nas regras de experiência. Com efeito, é imprescindível recorrer às regras de experiência para determinar a previsibilidade e, logo, o conteúdo do crime culposos. Sobre a importância da verificação de regras de experiência vejamos a lição Hirsch:

*“Ni existen reglas jurídicas de comportamiento predeterminadas para todos los ámbitos de la vida social, ni tampoco su violación significa necesariamente que en cada caso se de una contrariedad al cuidado debido desde el punto de vista del bien danado”.*<sup>222</sup>

Assim como as outras críticas, a crítica de Hirsch não é correta. Todos os casos de resultados objetivamente imprevisíveis são casos em que falta a imputação objetiva do resultado devido a não realização do risco proibido. Nesse aspecto, Roxin é bem claro ao discorrer que, quando o resultado é objetivamente imprevisível, não ocorre a imputação objetiva devido à não realização do risco proibido. Assim, a crítica de Hirsch mostra-se infundada.

Diante de todo o exposto acima, ressalvada a situação em que o agente possui capacidade superior, o tipo culposos é composto pela imputação objetiva, nos moldes propostos por Roxin. Desse modo, é possível definir o tipo culposos como a criação não dolosa de um risco proibido e a realização deste risco.

---

<sup>222</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo Injusto del...* p. 2016.

## 2.2 Teoria generalizadora

### 2.2.1 Os fundamentos e características da teoria generalizadora.

Questão há muito discutida na jurisprudência, sobretudo estrangeira, e na doutrina, e que consiste no tema principal da presente tese, diz respeito ao momento de se avaliar as condições pessoais do agente na estrutura do tipo culposo. Sobre o assunto existem três teorias: a posição generalizadora, que será objeto deste tópico; a teoria individualizadora, que será tratada no próximo tópico, e a teoria mista, proposta por Roxin.

A posição generalizadora tem duas características principais: a) não consideração das condições pessoais do agente para a caracterização do agente modelo, e b) a formulação de um agente modelo para determinar qual é a regra de cuidado a ser observada. Quanto aos fundamentos, as posições generalizadoras afastam a utilização das condições pessoais do agente para a avaliação do tipo de injusto culposo com base em dois fundamentos principais: o caráter geral da norma e a separação entre tipo e culpabilidade.

Seguem a teoria generalizadora Welzel,<sup>223</sup> Hirsch,<sup>224</sup> Jescheck/Weigend,<sup>225</sup> Grotto,<sup>226</sup> Palazzo,<sup>227</sup> Luiz Regis Prado,<sup>228</sup> Heleno Fragoso,<sup>229</sup> Juarez Tavares,<sup>230</sup> dentre outros.

A primeira e principal característica da posição generalizadora é não utilizar as condições pessoais para determinar a tipicidade culposa. Para os partidários da posição generalizadora, os elementos do tipo culposo seriam delimitados sem a necessidade de considerar as condições pessoais do agente.

---

<sup>223</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p. 77.

<sup>224</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo Injusto del delito imprudente*. Revista de Derecho Penal y Criminologia, 2ª Época, n. 16, 2005.

<sup>225</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 622.

<sup>226</sup> GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

<sup>227</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*. Parte generale. 5. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2013.

<sup>228</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 377.

<sup>229</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

<sup>230</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.

Nesse sentido, tanto a previsibilidade quanto a regra de cautela são avaliadas sem considerar as condições do agente.

A determinação da regra de cautela para a posição generalizadora pode ser ilustrada através do exemplo do médico-cirurgião. Durante uma cirurgia realizada por um médico excepcional, reconhecidamente portador de uma habilidade única, a regra de cuidado não será determinada a partir destas habilidades e conhecimentos do aludido médico. Da mesma forma, se o médico for inexperiente e portador de uma habilidade bem abaixo da média, a determinação da regra de cuidado não levará em conta tais características.

O mesmo raciocínio vale para um homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Se o motorista, causador do acidente fatal, é um exímio motorista, que já foi piloto de automobilismo, estas condições não são valoradas na determinação da regra de cautela. De outro modo, em um homicídio culposo no trânsito, se o motorista for inexperiente, a regra de cuidado também independerá dessa condição.

Importante destacar que, ao não utilizar as condições pessoais do agente no tipo penal, a posição generalizadora não está afastando tais elementos do conceito analítico de delito. No âmbito da posição generalizadora, as condições pessoais do agente são tratadas na culpabilidade. Nesse sentido, é perfeita a síntese feita por Hilgendorf/Valerius quando afirmam que:

no âmbito da tipicidade verifica-se se o autor tomou os cuidados objetivamente necessários. No âmbito da culpabilidade verifica-se, ao contrário, se o autor estava, individualmente, em condições de satisfazer as exigências objetivas de cuidado.<sup>231</sup>

Outra característica da teoria generalizadora, e que está relacionada com a não utilização das condições do agente no tipo penal, diz respeito à sua metodologia. As posições generalizadoras se valem da construção de um agente modelo: recorre-se à criação de um *standard* para a definição de diversos parâmetros na estrutura do tipo culposo.

---

<sup>231</sup> HILGENDORF, Eric; VAERIUS, Brian. *Direito penal*. Parte geral. Trad. Orlando Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 356.

A definição do *standard* a ser utilizado vai depender do critério adotado, sendo que o mais adotado pela doutrina é o homem médio, em que pesem existirem outros critérios, como será demonstrado no próximo tópico. A fim de ilustrar a metodologia utilizada, será adotado o *standard* do homem médio.

O homem médio, segundo a clássica definição, seria o homem portador de reflexão correspondente à média da capacidade humana. O próximo passo consiste em estabelecer qual seria a conduta deste homem médio diante de uma situação concreta de perigo. Essa conduta praticada pelo homem médio seria a conduta indicativa do dever de cuidado a ser observada. Após estabelecer a conduta que seria praticada pelo agente modelo, é realizada a comparação com a conduta praticada no caso concreto e, a partir disso, é determinado se ocorreu ou não a violação ao dever de cuidado.

Se a conduta praticada no caso concreto for aquela que teria sido praticada pelo agente modelo, conclui-se que não ocorreu violação ao dever de cuidado. De outro modo, se a conduta praticada pelo sujeito ativo, que provocou o resultado proibido, foi diferente daquela estabelecida pelo agente modelo, conclui-se que ocorreu a violação a uma regra de cuidado.

Este modelo standarizado, além de ser utilizado para estabelecer a regra de cuidado, é utilizado como parâmetro para se determinar outros elementos da culpa, a depender da construção utilizada. Nesse sentido, é possível utilizar o modelo standarizado para a avaliação da previsibilidade objetiva do resultado ou da possibilidade de reconhecer a situação de perigo.

Nos casos de culpa genérica, a figura do agente modelo é fundamental. Na culpa genérica, como já acentuado anteriormente, a regra de cuidado não está prevista em nenhum instrumento normativo. Assim, o agente modelo é o único parâmetro para se determinar a regra de cautela a ser observada no caso concreto. Na culpa genérica, tanto a previsibilidade quanto a regra de cuidado são determinadas a partir da construção do agente modelo.

Já nos casos de culpa específica, a figura do agente modelo perde um pouco sua importância no que se refere à delimitação da regra de cuidado. Isso porque, na culpa específica, existe algum aparato normativo que estabelece a regra de cuidado. Nesses casos, e quando a regra de cuidado for específica, a

violação das referidas regras já caracteriza a violação da norma de cuidado. No entanto, na culpa específica, o agente modelo é utilizado para delimitar outros elementos da culpa, como a possibilidade de conhecer o perigo e a previsibilidade do resultado, de novo, a depender da construção adotada.

Ocorre que a definição do agente modelo não é algo unívoco na doutrina. Muito pelo contrário: existem diversos critérios que norteiam a construção do agente modelo. Tais critérios serão tratados no próximo tópico.

A adoção de uma posição generalizadora traz diversas consequências dogmáticas. A primeira consequência é que, quando a capacidade do agente for inferior ao *standard* utilizado, o fato será típico. Neste caso, como as condições do agente são avaliadas na culpabilidade, a condição peculiar que lhe confere uma capacidade abaixo do *standard* pode significar a exclusão da culpabilidade.

De outro modo, quando a capacidade do agente for superior ao *standard* o fato será atípico. Logo, não será considerado crime, independentemente da capacidade superior não utilizada pelo agente.

Outra consequência dogmática, e pouco mencionada pela doutrina, diz respeito ao erro. No âmbito das posições generalizadoras, o erro sobre a regra de cuidado a ser observada deve ser tratado na culpabilidade como erro de proibição. Podemos citar o exemplo daquele que produz um resultado típico acreditando que estava atuando de acordo com o cuidado exigido, quando, na realidade, não estava.

Para ilustrar é possível formular o seguinte exemplo: Em uma determinada fábrica de produtos químicos os trabalhadores que lidam com as matérias-primas perigosas seguem as normas de cuidado estabelecidas pelo órgão de controle. Após uma série de pesquisas, o órgão de controle chega à conclusão de que as normas de cuidado anteriores estavam obsoletas e colocavam os trabalhadores em risco. Diante disso, o órgão controle altera as normas de cuidado exigidas para o manuseio dos materiais. O gerente da fábrica, para não aumentar os custos de produção, não repassa ao funcionário responsável as novas normas de cuidado. O funcionário, que acreditava estar seguindo as regras de cuidado, continuou a praticar suas condutas observando as regras antigas e provocou um acidente que acarretou a morte de uma pessoa.

Neste caso, como se trata de uma culpa específica, a regra de cuidado é definida por um instrumento normativo. Assim a regra de cuidado foi, certamente, violada pelo funcionário. Sendo a previsibilidade analisada sem considerar as condições do agente, a conduta do funcionário é típica devido à inobservância do dever de cuidado, segundo a doutrina majoritária.

A mesma conclusão é alcançada seguindo a estrutura do tipo culposo adotada na presente tese. O funcionário que não observou a regra de cuidado criou um risco proibido na medida em que uma norma técnica determinava a adoção de novos cuidados em relação à atividade desempenhada. No segundo nível, é possível concluir que ocorreu a realização do risco e no terceiro nível, o resultado estava dentro do âmbito de proteção do tipo penal.

Como as condições do agente devem ser analisadas na culpabilidade, e isso inclui a cognoscibilidade acerca das regras de cuidado, o caso acima deve ser tratado como um erro de proibição, de modo a atrair a aplicação do art. 21 do Código Penal brasileiro,<sup>232</sup> que pode ou não excluir a culpabilidade.

O que deve ser analisado é se o funcionário tinha o dever de se informar sobre as novas normas de cuidado ou não. Essa questão será analisada no último capítulo da presente tese. Contudo, é possível antecipar que, caso o funcionário não tenha o dever de se informar, estaria caracterizado o erro invencível, que exclui a culpabilidade. De outro modo, caso o funcionário tenha o dever de se informar sobre as novas regras de cuidado, o erro seria vencível, o que caracterizaria um fato típico, ilícito e culpável, e a pena poderia ou não ser reduzida conforme prevê o art. 21 do Código Penal brasileiro.

Da mesma forma que a cognoscibilidade da regra de cuidado, o desconhecimento da situação de perigo, enquanto pressuposto para a aplicação da regra de cuidado, também é analisado na culpabilidade. Desse modo, quando

---

<sup>232</sup> **Erro sobre a ilicitude do fato** ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#)) Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#)) Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

o agente desconhecer a existência da situação de perigo, o fato será típico, porém, poderá não ser culpável.

Estabelecidas as características da teoria generalizadora, é importante destacar quais são os seus fundamentos teóricos.

O primeiro fundamento da teoria generalizadora diz respeito à teoria geral da norma. Aqueles que adotam a teoria generalizadora, como Hirsch,<sup>233</sup> sustentam que o fato de a norma penal ser abstrata e geral impõe que as condições pessoais do agente não sejam avaliadas no tipo de injusto culposo, e sim na culpabilidade.

Para ilustrar a importância da teoria das normas na fundamentação da posição generalizadora, afirma Puppe que “as normas de cuidado não podem dirigir-se às capacidades do cidadão individual, pois de outro modo não seriam normas”.<sup>234</sup>

Nesse aspecto, a fundamentação da teoria generalizadora está relacionada com o problema dos destinatários da norma.

Para compreender melhor este fundamento da posição generalizadora, é importante destacar o que Hirsch denomina de teoria imperativa radical.<sup>235</sup> Roxin<sup>236</sup> explica que a teoria dos imperativos tem sua origem em Merkel, para quem o injusto consistia em uma lesão ao bem jurídico e esta consistiria em uma rebelião contra o poder espiritual do Direito. A lesão ao direito enquanto poder espiritual pressupõe a imputabilidade, de modo que as normas penais somente se dirigem àqueles que tem capacidade de culpabilidade. Com efeito, não existiria injusto sem culpabilidade.

Após Merkel, a teoria dos imperativos radicais, ainda segundo Roxin,<sup>237</sup> adquiriu novos contornos. O ponto de partida é que os imperativos não podiam ter como destinatários alguém que não pode se motivar de acordo com a norma.

---

<sup>233</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto...* p. 217-223.

<sup>234</sup> PUPPE, Ingenborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. 07.

<sup>235</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto...* p. 218.

<sup>236</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 321.

<sup>237</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 321. Pagliaro resume a teoria a teoria imperativa “... un appello di una volontà ad un'altra”. (PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milão: Giuffrè, 1993. p. 31).

Este modo de compreender a norma leva a uma série de consequências dogmáticas que são bastante criticadas na doutrina<sup>238</sup> e que serão analisadas no próximo tópico, quando será explicada a posição individualizadora. No entanto, é de se destacar que a adoção da teoria imperativa leva a se considerar as condições pessoais do agente na estrutura da tipicidade culposa, posto que essas condições pessoais influem na capacidade de o agente se motivar de acordo com a norma.

Os adeptos da posição generalizadora, Hirsch e Puppe, repudiam a teoria dos imperativos.

A doutrina majoritária entende que todos os indivíduos são destinatários da norma. Segundo Kaufmann “não existe nenhum indivíduo do qual se possa firmar que não poderia concorrer, ao menos como coautor, para a concretização de algum ato situado no campo de incidência de qualquer norma”.<sup>239</sup>

Entre nós, por exemplo, Luiz Regis Prado caminha no mesmo sentido, considerando que a norma penal é destinada a todos os cidadãos.<sup>240</sup>

Considerando que a norma penal é destinada a todas as pessoas, até mesmo um inimputável é destinatário da norma penal e, por isso, ele pode praticar um injusto penal. Ao inimputável falta a culpabilidade, não porque ele não é destinatário da norma, mas porque, embora destinatário da norma, ele não pode se motivar de acordo com a norma penal.

Sendo a norma geral, destinada a todos, ela deve ser, também, abstrata. Como enfatiza Luiz Regis Prado, a norma deve ser “separada de cada indivíduo e de atos concretos”.<sup>241</sup> Considerando a norma geral e abstrata, que nas palavras de Luiz Regis deve ser separada de cada indivíduo, é fácil concluir que as condições pessoais do agente não devem ser tratadas no tipo culposos.

Se as condições do agente fossem utilizadas para definir o dever de cuidado, que neste caso seria um dever subjetivo, a norma de eventual delito culposos seria estabelecida especialmente para aquele indivíduo. Assim, a norma

---

<sup>238</sup> Sobre as críticas da teoria imperativa conferir: PAGLIARO, Antonio. *Principi...* p. 31.

<sup>239</sup> KAUFMANN, Armin. *Teoria...* p. 166.

<sup>240</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 172.

<sup>241</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito...* p. 172.

deixaria de ser geral e passaria a ser específica para determinado indivíduo. Hirsch alerta que proceder desta maneira é aceitar a já superada teoria imperativa radical.<sup>242</sup>

Em síntese, o caráter geral e abstrato da norma incriminadora fundamenta a posição generalizadora.

Outro fundamento da teoria generalizadora, e que de certa maneira se relaciona com o fundamento referente à teoria da norma, é a necessária separação entre injusto e culpabilidade. Para os defensores da posição generalizadora, somente é possível separar corretamente o injusto da culpabilidade, nos delitos culposos, se as condições pessoais do agente forem avaliadas na culpabilidade, e não no tipo penal.

A culpabilidade consiste em um juízo de reprovação dirigido ao autor fato. Na culpabilidade reprova-se o agente porque ele não se motivou de acordo com as exigências do direito, quando lhe era possível conhecer referidas exigências.<sup>243</sup> Todas as questões que interferem na possibilidade de o agente se motivarem devem ser tratadas na culpabilidade. No âmbito do delito culposo, a idade, o grau de instrução, os aspectos culturais, a possibilidade de conhecer o risco e outras questões pessoais que influem na motivação do agente devem ser avaliadas na culpabilidade.

Caso as condições pessoais do agente fossem tratadas no tipo penal, enquanto elementos referentes à motivação do agente, não seria possível separar corretamente o injusto da culpabilidade.

Neste aspecto, é importante a construção de Goldschmit<sup>244</sup> para fundamentar teoricamente a posição generalizadora. O referido autor desenvolveu a distinção entre norma imperativa e norma de dever. Ele destaca que ao lado de cada norma imperativa, que regula uma conduta exterior, existe uma norma de dever, que determina que as pessoas se motivem de acordo com as expectativas jurídicas.

---

<sup>242</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto...* p. 218.

<sup>243</sup> REALE JR., Miguel. *Teoría do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 87.

<sup>244</sup> GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo c. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: Editorial ID de F, 2002.

A violação à norma imperativa ocorreria através da tipicidade da conduta. Já a violação à norma de dever, que diz respeito à motivação do agente, seria avaliada na culpabilidade.

Diante do exposto, o outro fundamento da posição generalizadora é a necessidade de separar o injusto da culpabilidade.

Com estes fundamentos, além das críticas que são dirigidas à teoria individualizadora, aqueles que sustentam a teoria generalizadora procuram estabelecer a regra de cuidado, o dever objetivo de cuidado com base em critérios que não se relacionam com as condições pessoais do agente.

### **2.2.2 A definição do dever de cuidado: o homem médio, a máxima ciência e experiência e outros critérios**

No âmbito da posição generalizadora, a construção do agente modelo pode ser feita utilizando-se de vários critérios. Destaca-se que não existe um único critério para a determinação do *standard*.

O mais antigo critério para a construção do agente modelo é o denominado homem médio. Esse parâmetro é utilizado por Rocco,<sup>245</sup> Battaglini,<sup>246</sup> Florian, dentre outros. Na doutrina brasileira, Nélson Hungria adota o homem médio como parâmetro para aferição da culpa. Afirma Hungria que:

A imprevisão ou o erro de cálculo que condicionam a culpa são somente aqueles que podem ser superados com a diligência ordinária, com o atilamento comum, com a reflexão inerente à média capacidade humana, com lição da experiência vulgar.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Trad. Jerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2001.

<sup>246</sup> BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, Tomo I, 1973.

<sup>247</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1978. p. 190.

Desde Alimena<sup>248</sup> o conceito de homem médio é criticado devido ao seu caráter incerto e falacioso. De fato, além de não possuir qualquer fundamento científico,<sup>249</sup> não existe qualquer critério objetivo para inferir o que seria a figura do homem médio. Assim, a construção do homem médio, na falta de algum critério objetivo, ficaria a cargo de um juízo subjetivo pessoal<sup>250</sup> do magistrado.

Sobre o assunto, é precisa a observação de Miguel Reale Júnior ao afirmar que “cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos”.<sup>251</sup>

É certo que na construção do agente modelo, qualquer que seja o parâmetro adotado, vai sempre existir margem para a subjetividade do magistrado. Todavia, no que tange ao homem médio, não existe nenhum critério objetivo que possa nortear a construção do *standard* pelo magistrado. Na ausência de qualquer parâmetro objetivo, a atividade de julgar é transformada em mero decisionismo que viola qualquer sistema de garantias.

Ademais, em uma sociedade complexa e caracterizada por elevado grau de heterogeneidade cultural, é absolutamente impossível determinar um padrão de homem médio.<sup>252</sup>

Welzel substitui o homem médio por um homem inteligente e prudente na situação do autor.<sup>253</sup> Jescheck/Weigend se valem da pessoa prudente e criteriosa que pertença ao mesmo círculo social do autor.<sup>254</sup> Entre nós, Juarez Cirino dos Santos também se vale do homem prudente e consciencioso pertencente ao mesmo círculo social do autor.<sup>255</sup>

Juarez Tavares afirma que estas posições nada mais são do que uma sofisticação do homem médio.<sup>256</sup> Em parte, Juarez Tavares tem razão. Falar em

---

<sup>248</sup> ALIMENA, Bernardino. *La colpa nella teoria generale del reato*. Palermo: Editora Priula, 1947. p. 44.

<sup>249</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria...* p. 289.

<sup>250</sup> Expressão utilizada por Juarez Tavares. TAVARES, Juarez. *Teoria...* p. 189.

<sup>251</sup> REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 182.

<sup>252</sup> BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa genérica*. *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012. p. 12.

<sup>253</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema...* p. 80.

<sup>254</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado...* p. 622.

<sup>255</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 91.

<sup>256</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria...* p. 289.

homem prudente, inteligente e consciencioso é o mesmo que se valer do homem médio, mas com outra linguagem. O homem médio nada mais é que o homem prudente e consciencioso. Nesse aspecto as críticas formuladas ao homem médio continuam válidas.

Ocorre que Welzel, Jescheck/Weigend e Juarez Cirino, na busca de algum critério objetivo que possa ser utilizado na construção do homem médio, acrescentam as expressões “na situação do autor” e “do mesmo círculo social do autor”. O objetivo, supomos, é conferir à construção do *standard* um parâmetro objetivo que diminua o nível de decisionismo para contornar as críticas direcionadas ao homem médio. Com efeito, seria possível considerar, na formulação do homem médio, sua profissão, por exemplo.

Embora essas construções sejam menos vagas que o homem médio, ainda continuam com elevado nível de decisionismo, pois tem como ponto de partida o homem médio, prudente e consciencioso.

Além disso, Stratenwerth chama a atenção para a lacuna de punibilidade quando o agente concreto tem uma capacidade superior ao agente modelo. Essa crítica, devido à sua relevância, será desenvolvida melhor no próximo tópico.

É relativamente comum a doutrina limitar a posição generalizadora ao homem médio. Isso ocorre, por exemplo, com Selma Santana que, ao discorrer sobre a teoria generalizadora, limita-se a explicar e criticar a figura do homem médio,<sup>257</sup> como se toda a teoria generalizadora se resumisse a ele.

Essa análise simplificada da teoria generalizadora, além de superficial, reduz sensivelmente a problematização da questão, porque não restam dúvidas acerca da inviabilidade do homem médio como parâmetro para o tipo culposo. No entanto, é importante destacar, o homem médio é somente um dos parâmetros para caracterizar o agente modelo no âmbito da teoria generalizadora.

Após as críticas endereças ao homem médio, e dentro da tendência de buscar diminuir o caráter vago desse *standard* e estabelecer critério para a

---

<sup>257</sup> SANTANA, Selma Pereira. *A culpa temerária*. Contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 145 e seguintes. Também Fábio D’Avila limita a análise da teoria individualizadora à análise do homem médio.

definição da regra de cuidado, é que surge um outro parâmetro, que é o *homo eiusdem condicionis et professionis*, que é a posição majoritária na doutrina italiana.<sup>258</sup>

Assim como os demais parâmetros encontrados no âmbito da posição generalizadora, o *homo eisudem* propõe a construção de um agente modelo através de critérios objetivos. Mas, ao contrário das posições anteriores, os defensores do *homo eisudem* buscam estabelecer determinados critérios a fim contornar os problemas dos parâmetros anteriores.

Os adeptos deste parâmetro buscam construir o agente através da seguinte metodologia: 1) separa-se o agente a quem está sendo imputado um fato típico culposo; 2) separam-se as características do agente, quais sejam: a) profissão; b) atividade que desenvolve; c) círculo social; d) grau de instrução, formação; e) sexo; f) idade, e g) outras características que sejam relevantes para o fato; 3) dentro de um grupo de pessoas com as características acima imagine-se um homem prudente.<sup>259</sup>

Após a construção do agente modelo é que se compara sua hipotética conduta com a conduta do agente concreto para avaliar se ocorreu, ou não, a violação ao dever de cuidado.

A metodologia acima descrita, na visão de seus defensores, confere ao *homo eisudem* a objetividade que falta ao homem médio, reduzindo o grau de subjetividade na construção do *standard*.

Outro critério para a definição do agente modelo é o parâmetro da melhor ciência e experiência. Este critério é adotado por autores como Mantovani<sup>260</sup> e Grotto.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Nesse sentido: BASILE, Fabio, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa genérica*. Diritto penale contemporaneo, 13 marzo 2012. Na doutrina italiana há quem, como Canestari, que utiliza do *homo eisudem* para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente. (CANESTRARI, Stefano, *Colpa cosciente e dolo eventuale*. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose, Milano, Giuffrè, 1999. p. 155 e seguintes).

<sup>259</sup> Sobre a construção do agente modelo a partir do *homo eisudem*, conferir: BASILE Fabio, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa genérica*. Diritto penale contemporaneo, 13 marzo 2012.

<sup>260</sup> Adotam esta posição: MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 5. ed. Padova: CEDAM. [ANO] p. 329.

<sup>261</sup> GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 166.

Tal critério tem como ponto de partida a semelhança metodológica que deve existir entre a culpa genérica e a culpa específica. Nesta, como já acentuado, a regra de cuidado está expressa em algum instrumento normativo.

O órgão competente, ao individualizar a regra de cuidado, não recorre ao homem médio, por exemplo. Quando o órgão competente estabelece os equipamentos de proteção individual (EPIs) que o empregador deve fornecer aos empregados o que se leva em conta é o que a melhor ciência indica para a proteção da integridade física do trabalhador que desenvolve determinada atividade perigosa. Não faz qualquer sentido que o órgão competente defina, normativamente, uma regra de cautela a ser seguida com base no homem médio, por exemplo.

Quando o legislador, ou outro órgão competente, vai individualizar a regra de cuidado, ele individualiza aquela regra que melhor protege o bem jurídico em uma situação de risco. Individualiza-se a regra que a ciência ou a experiência indicam ser a mais eficaz na proteção de bens jurídicos.

É lógico, então, pensar que a definição da regra de cuidado, tanto na culpa específica quanto na culpa genérica, deve seguir o mesmo critério de valoração. Diante disso é que autores como Grotto<sup>262</sup> defendem que o parâmetro para a valoração do dever de cuidado na culpa genérica é a melhor ciência e experiência disponível em determinado momento histórico, assim como é feito na culpa específica.

Com efeito, o agente modelo deve ser aquela pessoa dotada do melhor conhecimento do fato e do melhor conhecimento nomológico naquele momento histórico.

Marinucci propõe uma variação da melhor ciência e experiência. O autor se preocupa com inovações tecnológicas que podem afetar os custos de uma empresa. O exemplo citado é o seguinte: uma empresa instala suas atividades e adquire todo o maquinismo cuja melhor ciência indica para evitar lesões à integridade física dos trabalhadores. Todavia, pouco tempo depois é

---

<sup>262</sup> GROTTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 166.

desenvolvida uma máquina melhor do que a primeira. O empregador, por já ter investido todo o seu capital, não tem condições de comprar o novo maquinismo.

A partir do exemplo acima, Marinucci defende que a melhor ciência e experiência não é aquela existente naquele momento histórico, e sim aquela factível em determinado momento histórico. Entretanto, a avaliação da factibilidade somente pode ser feita com base em dados pessoais do agente.

Os defensores da máxima ciência e experiência sustentam, no que têm razão, que esse parâmetro é aquele que melhor protege bens jurídicos e melhor atende à finalidade preventiva geral da pena privativa de liberdade.

Um outro parâmetro para determinar a regra de cuidado é o uso de regras consuetudinárias.<sup>263</sup> Esse parâmetro é o preferido por Francesco Palazzo,<sup>264</sup> para quem, no caso da culpa genérica, a regra de cuidado deve ser balizada de acordo com os usos e costumes.

Os usos e costumes consistiriam em uma repetição constante, uniforme e espontânea de atos. Essa repetição de atos indicaria qual nível de risco seria admitido por uma determinada comunidade em relação a determinados fatos e determinados autores.

O fundamento principal desta posição é que o juiz não deve ser um produtor da regra cautelar,<sup>265</sup> o que ocorreria se o parâmetro utilizado fosse o homem médio ou o *homo eisdem*. O juiz somente deixaria de ser produtor da regra cautelar se ele se valesse de regras já existentes através da prática difusa e consolidada de determinados atos.

Juarez Tavares, por sua vez, após criticar o critério do homem prudente, propõe utilizar do critério da experiência geral de vida<sup>266</sup> como ponto de partida para a delimitação do dever de cuidado. Para o autor a experiência geral de vida atua como um critério negativo, de modo que não haverá conduta descuidada

---

<sup>263</sup> Andrea Perin assevera que quando as regras consuetudinárias são utilizadas ocorreria o abandono do agente modelo (PERIN, Andrea. *Prudenza...* p. 75). Essa interpretação não é correta. Ao utilizar as regras consuetudinárias o que se busca é construir um agente modelo, enquanto expectativa de conduta, através das regras consuetudinárias.

<sup>264</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso...* p. 328.

<sup>265</sup> Nesse sentido: FORTI, Gabrio. *Colpa e evento nel diritto penale*. p. 525.

<sup>266</sup> TAVARES. Juarez. *Teoria do crime ...* p. 293.

sempre que a ação tiver sido realizada conforme a experiência geral de vida. Esse seria o elemento empírico do dever de cuidado.

No entanto, explica Tavares que a conduta cuidadosa deve ser inferida com base nas condições concretas existentes no momento do fato e da necessidade de proteção ao bem jurídico no caso concreto.<sup>267</sup> Com isso, o autor sustenta que a regra de cuidado deve ser empírico-normativa. Com efeito, além da experiência geral de vida, é necessário acrescentar critérios normativos referentes à proteção do bem jurídico.

Para explicar sua posição, Tavares se vale do seguinte exemplo: A, médico, esquece no abdômen de certa paciente uma compressa de gaze e B, outro médico, resolve tirá-la, mas sem respeitar as normas de cuidado. Para Juarez Tavares as condutas dos médicos podem ser consideradas culposas ou não. Isso dependerá da atividade desempenhada pelos médicos.<sup>268</sup>

Nos dois casos, para avaliar se ocorreu a violação à regra de cuidado, é necessário delimitar quais seriam os elementos da experiência geral da atividade médica que os médicos A e B estavam vinculados. A experiência geral pode indicar que as compressas deveriam ter sido contadas antes de se iniciar a operação, o que indica que a conduta de A foi descuidada. Em relação a B, a experiência geral indica que, frente às adversidades que o caso concreto impunha, a conduta se manteve dentro do risco permitido.

### **2.2.3 Críticas à posição generalizadora**

Diversas críticas são endereçadas à teoria generalizadora. Como será observado abaixo, a maioria das críticas feitas por diversos autores, diz respeito aos critérios utilizados para a construção do agente. No entanto, é possível criticar especificamente o fundamento da teoria generalizadora.

A posição generalizadora se fundamenta, como já acentuado no item 2.2.1, na teoria na norma, especialmente no caráter geral é abstrato da norma

---

<sup>267</sup> TAVARES. Juarez. *Teoria do crime ...* p. 293.

<sup>268</sup> TAVARES. Juarez. *Teoria do crime ...* p. 294

penal. Ocorre que, a posição generalizadora parece desprezar a distinção, feita no item 2.1.1, entre norma penal e regra de cuidado.

A norma penal, extraída do tipo penal, continuará sendo uma norma geral e abstrata independentemente de a individualização da regra de cuidado ser feita conforme as condições pessoais do agente.

Imaginemos o caso do homicídio culposo (artigo 121 §3º do CPB). A norma, extraída do tipo é “não matar”. Mesmo se valendo das condições pessoais do agente para delimitar a regra de cuidado a norma penal não será alterada, continuará sendo, “ não matar”.

Com efeito, a necessidade de a norma penal ser geral e abstrata não é capaz de fundamentar a não utilização das condições pessoais do agente na avaliação da tipicidade, ou seja, a teoria da norma não é capaz de fundamentar a posição generalizadora.

As demais crítica endereçadas à teoria generalizadora se centram nos critérios para a elaboração do agente modelo. A mais conhecida delas é crítica lançada por Stratenwerth, que, mesmo sendo finalista, discorda de Welzel sobre a posição sistemática das condições pessoais do agente no crime culposos.

Stratenwerth<sup>269</sup> critica a teoria generalizadora em dois aspectos. A primeira crítica diz respeito ao agente concreto que tem capacidade inferior ao homem médio. Para ilustrar, o autor usa o exemplo de uma pessoa que é portadora de uma esclerose cerebral e, por isso, não pode ser comportar como o homem médio.

Para a teoria generalizadora, no caso citado, o agente teria violado o dever de cuidado independentemente da sua condição pessoal, que seria analisada na culpabilidade. Para Stratenwerth a solução seria diferente. Entende o autor que, quando não se leva em conta as condições do agente, o direito penal estaria exigindo algo além das capacidades do autor, e o direito não pode exigir do cidadão algo impossível. Com efeito, delimitando o dever de cuidado

---

<sup>269</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2000. p. 421.

com base na situação do autor, o caso narrado seria uma hipótese onde não ocorreu violação ao dever de cuidado e, portanto, é um fato atípico.

Para a teoria generalizadora, diante do caso narrado, o agente teria praticado um injusto penal, porém com a exclusão da culpabilidade devido a sua condição pessoal. Para a teoria individualizadora o fato seria atípico.

A outra crítica de Stratenwerth refere-se à hipótese em que o agente tem uma capacidade/conhecimento superior ao homem médio. Inclusive, é esta crítica de Stratenwerth que leva Roxin a formular uma teoria mista sobre o tema.

Stratenwerth<sup>270</sup> usa o exemplo de um cirurgião especialmente capacitado. O mesmo vale, por exemplo, para uma motorista que tem uma habilidade especial. O caso problemático seria o seguinte: um médico cirurgião com a capacidade/habilidade excepcional, bem acima da média, e que domina uma determinada técnica que poucos dominam, durante uma cirurgia não utiliza a técnica que domina, mas utiliza a técnica que é utilizada pelo médico médio, de modo que o paciente vem a morrer.

No caso acima, argumenta Stratenwerth que, nos termos da teoria generalizadora, o médico agiu como agiria o agente modelo, de modo que sua conduta seria atípica devido à observância do dever de cuidado. Isso geraria uma lacuna de punibilidade. Assim, para Stratenwerth, o dever de cuidado do médico com capacidade/habilidades especiais deve ser diferente do dever de cuidado do médico que não tenha tais capacidades.

A crítica formulada por Stratenwerth é aceita e repetida por diversos autores. Nesse sentido explica Corcoy Bidasolo, resumindo as ideias de Stratenwerth,<sup>271</sup> que a adoção de um homem médio significa a concessão de um privilégio para os mais inteligentes.

Grande parte da doutrina se vale das críticas de Stratenwerth para afastar a posição generalizadora. Contudo, a crítica de Stratenwerth não é dirigida aos fundamentos da teoria generalizadora. É importante observar que a crítica de

---

<sup>270</sup>STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal...* p. 421.

<sup>271</sup> Corcoy Bidasolo. *El delito imprudente...* p. 112.

Stratenwerth é endereçada, especialmente, ao parâmetro do homem médio e suas derivações.

De fato, Stratenwerth questionava especificamente a posição de Welzel sobre o assunto. Assim, aceitar a crítica de Stratenwerth significa que o homem médio e suas derivações não devem ser utilizadas na construção do dever objetivo de cuidado.

Jakobs<sup>272</sup> também critica a teoria generalizadora. O autor inicia sua crítica à mencionada teoria afirmando que ela é incompatível com sua teoria da ação individual.

Jakobs adota um conceito negativo em que a ação é conceituada como a causação evitável de um resultado e a omissão como a não evitação de um resultado que se poderia evitar. Assim definida, a ação faz parte de um sistema de imputação que tem por finalidade assegurar a validade da norma. Nesse conceito de ação a ideia de evitabilidade é essencial.

No que tange à evitabilidade, o autor deixa claro que se trata de evitabilidade individual. A determinação do que é ou não evitável perpassa a capacidade individual de o agente desempenhar seu papel social como destinatário do fator motivacional contido na norma penal.

Ainda que sem mencionar Welzel expressamente, a crítica de Jakobs aponta uma contradição no sistema daquele autor. A contradição seria a seguinte: Welzel, como já acentuado, adota a teoria generalizadora. No entanto, Welzel desenvolveu e adotava em seu sistema o conceito de injusto pessoal. Seria coerente com o conceito pessoal de injusto que as condições do agente no delito culposos fossem avaliadas no tipo penal.

Por fim, afirma Jakobs que a previsibilidade objetiva não desempenha nenhuma função que não seja desempenhada pelo risco permitido. Logo, a culpa objetiva seria tão supérflua quanto seria um dolo objetivo.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> JAKOBS. Günther. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Trad. Joaquim Cuelo Contreras e José Luiz Murillo. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 385.

<sup>273</sup> JAKOBS. Günther. *Derecho penal*... p. 388.

O critério da melhor ciência e experiência também é criticado. A crítica a esse critério é que sua utilização praticamente inviabilizaria a realização de ações perigosas, posto que exige a realização de condutas com um alto grau de diligência. Desse modo, somente pessoas especialmente capacitadas poderiam realizar ações arriscadas.<sup>274</sup>

O critério do *homo eisdem* também é alvo de crítica. O julgamento endereçado ao referido critério é que, na realidade, tal parâmetro sequer seria considerado parte da posição generalizadora. O que se observa é que na construção do agente modelo, aqueles que adotam o parâmetro do *homo eisdem*, utilizam das condições pessoais do agente para a construção do agente modelo. Assim, o *homo eisdem* nada mais é do que a utilização das condições pessoais do agente através de critérios objetivos.

O *homo eisdem*, diante da metodologia utilizada na construção do agente modelo, acaba por confundir a tipicidade com a culpabilidade, criando uma regra de cautela quase que específica para aquela pessoa determinada, o que viola os fundamentos da teoria generalizadora.

Quando muito, o *homo eisdem* pode ser considerado uma posição de compromisso entre as teorias generalizadora e individualizadora,<sup>275</sup> pois ocorre a construção de *standard* com base em critérios objetivos, mas que levam à análise das condições pessoais do agente.

Esta crítica ao *homo eisdem* pode ser corroborada pela análise da posição de Donini que adota a teoria individualizadora, de modo que as condições pessoais do agente devem ser analisadas no tipo culposo.<sup>276</sup> O aludido autor defende que o tipo penal culposo possui uma parte objetiva e outra subjetiva, sendo que o parâmetro utilizado para determinar a medida subjetiva

<sup>274</sup> Nesse sentido: DE FRANCESCO, V. *Sulla misura soggettiva della...* p. 289.

<sup>275</sup> Nesse sentido afirma Grotto que: “La misura dell’*homo eisdem* è, cioè, il prodotto di un compromesso tra il punto di vista oggettivo e quello soggettivo. Difatti, nel momento in cui si costruisce una regola di comportamento modellata sulle aspettative di un più o meno ristretto gruppo sociale, si attribuisce rilevanza a particolari caratteristiche dell’autore del fatto. In definitiva la misura dell’*homo eisdem*, necessita dell’applicazione dell’antico criterio della prevedibilità nella sua veste oggettivo/soggettiva 44. La prevedibilità soggettiva (non nell’accezione di individuale, ma pur sempre inevitabilmente relativizzata, in quanto orientata sul metro della tipicità di un gruppo di persone, espressione di un particolare contesto di rapporti sociali) deve, pertanto, attraversare tanto la colpevolezza quanto il fatto tipico.” (GROTTO, Marco. *Principio di colpevolezza...* p. 156).

<sup>276</sup> DONINI, Massimo. *L’elemento soggettivo...* p. 148.

da culpa no tipo penal é *homo eiusdem*. E Donini reconhece que adotar tal posição significa que o tipo subjetivo culposo consiste em um indício da culpabilidade.

Percebe-se que tanto a crítica de Grotto está correta, que Donini, autor que adota a posição individualizadora, se vale do *homo eiusdem* no âmbito da tipicidade culposa.

## **2.3 Teoria individualizadora**

### **2.3.1 Os fundamentos e características da teoria individualizadora**

Diante das críticas endereçadas à teoria generalizadora diversos autores adotam uma posição oposta, que é a denominada posição individualizadora.

A característica principal da posição individualizadora é a utilização das condições pessoais do agente já no tipo penal para delimitar o dever de cuidado ou criando um tipo subjetivo, por exemplo.

Todos os autores que adotam a posição individualizadora utilizam, em alguma medida, as condições pessoais do agente no tipo de injusto culposo. Este é o traço marcante da posição individualizadora. No entanto, a forma de utilizar tais condições pode variar: alguns utilizam-nas para delimitar a regra de cuidado no caso de culpa genérica, outros para delimitar a previsibilidade, e outros mais admitem um tipo subjetivo onde a finalidade do agente deve abranger a criação de um risco intolerável ao bem jurídico. A forma de tratamento das condições pessoais do agente será abordada no próximo tópico.

Para ilustrar a posição individualizadora Stratenwerth<sup>277</sup> afirma que dirigir em alta velocidade em uma autoestrada pode significar ou não a violação de uma regra de cuidado dependendo do motorista. Se o motorista for experiente a conduta será permitida, caso o motorista seja inexperiente a conduta será proibida.

---

<sup>277</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho* ... p. 421.

O exemplo de Stratenwerth não é muito feliz, já que o limite de velocidade, enquanto previsto em instrumento normativo, dá ensejo à culpa específica e, neste caso, a determinação da regra de cuidado independe das condições do agente. No entanto, o exemplo citado ilustra bem como a determinação da regra de cuidado é feita no âmbito da teoria individualizadora.

Percebe-se, pelo exemplo citado, que as posições individualizadoras abandonam a construção de um *standard* objetivo, que valeria para todos os destinatários da norma, e determinam o dever de cuidado a partir das características do agente.

Como as condições pessoais do agente são determinantes, quando o agente possuir condições pessoais superiores, o dever de cuidado será balizado de acordo com suas capacidades superiores. Assim, para um motorista especialmente habilidoso o dever de cuidado será mais elevado do que o dever de cuidado fixado para um motorista que não possua as mesmas habilidades. No conhecido exemplo citado por Stratenwerth,<sup>278</sup> do cirurgião especialmente habilitado, o dever de cuidado exigido deste cirurgião é mais elevado do que o dever de cuidado exigido de um cirurgião que não possua as mesmas habilidades.

Nos casos em que o agente tem capacidades superiores à média, a utilização das condições pessoais evitaria as lacunas de punibilidade que são características da posição generalizadora, sobretudo quando se utiliza do homem médio como parâmetro.

Em outras situações pode acontecer que o autor do fato tenha condições pessoais abaixo da média. Nesse caso, o dever de cuidado será fixado em um patamar menor ou, dependendo da situação, a violação do dever de cuidado pode decorrer do fato de o agente praticar uma conduta que exponha bens jurídicos a perigo sem ter condições para realizar a referida conduta.

A teoria individualizadora foi adotada por Stratenwerth<sup>279</sup> após a conhecida crítica à posição de Welzel acerca do agente modelo, e seguida por Jakobs.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho ...* p. 420.

<sup>279</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho ...* p. 420.

<sup>280</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Trad. Joaquim Cuelo Contreras e José Luiz Murillo. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Autores contemporâneos como Corcoy Bidasolo,<sup>281</sup> Bernardo Feijó,<sup>282</sup> Massimo Donini<sup>283</sup> e Andrea Canepa<sup>284</sup> também seguem a teoria individualizadora. Sobre o assunto afirma Bacigalupo:

*“El criterio individual es preferible. Por lo tanto, la infracción del deber de cuidado dependerá de las capacidades y del conocimiento especiales del autor concreto. Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido. A la inversa no infringe el deber de cuidado el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo”.*<sup>285</sup>

Na doutrina brasileira adotam esta teoria, por exemplo, Fábio D’Avila<sup>286</sup> e Paulo Queiroz.<sup>287</sup>

Em termos legislativos nenhum código penal brasileiro tomou posição sobre as condições pessoais no agente enquanto elemento do injusto culposos. Em sentido contrário, Paulo Queiroz sustenta que a adoção da teoria individualizadora decorre do próprio Código Penal. Segundo o autor, somente em face das condições pessoais do agente seria possível dizer que ele é “imprudente”, “negligente” ou “imperito”.<sup>288</sup>

O argumento do autor, além de superficial, não é correto. “Imprudência” “negligência” e “imperícia” não são características do autor, mas sim do fato praticado pelo autor. Pensar de outro modo é aceitar um direito penal de autor. Com efeito, não há qualquer indicativo na legislação vigente que remeta à posição individualizadora. Na realidade, o legislador, corretamente, sempre deixou essa questão à cargo da doutrina e da jurisprudência.

<sup>281</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito...*

<sup>282</sup> Nesse sentido: FEIJOÓ, Bernardo. *Resultado lesivo...*

<sup>283</sup> DONINI, Massimo. *L'elemento soggettivo della colpa*. Granzie e sistemática. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Fasc. 1- Gennaio-Marzo 2013. Milano: Giuffrè Editore, 2013.

<sup>284</sup> CANEPA, Andrea. *L'imputazione soggettiva della colpa*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2011.

<sup>285</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996. p. 215. Zaffaroni, por sua vez, também aderindo à posição individualizadora, acentua que “*Con toda razón se há afirmado recientemente entre nosotros que ‘el deber se refiere en todos los casos a una persona dada en una situación concreta, quedando la objetividad del cuidado relegada al juicio realizado por un observador imparcial referido a la capacidad personal del autor’.*” (Tratado V. III 402)

<sup>286</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 95.

<sup>287</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 222.

<sup>288</sup> QUEIROZ, Paulo. *Direito penal...* . p. 222.

Em termos legais, o máximo que se chegou sobre o tema foi com o projeto Sá Pereira, que propôs adotar a teoria individualizadora. No direito comparado o código penal austríaco, como informa Corcoy Bidasolo<sup>289</sup> adota expressamente a teoria individualizadora. O Código Penal Francês (artigo 121-3) também faz menção às condições pessoais do agente para caracterizar a culpa<sup>290</sup>. No entanto, a culpa ( assim como o dolo) é compreendida como elemento da culpabilidade<sup>291</sup> ou como intelectual da infração que corresponde à culpabilidade<sup>292</sup>. Deste modo, mencionar as condições pessoais do agente não significa aderir à posição individualizadora.

O principal fundamento da posição individualizadora diz respeito à teoria da norma.

Stratenwerth<sup>293</sup> foi quem primeiro buscou fundamentar a posição individualizadora. O autor explica, inicialmente, que em determinada situação concreta não existe nenhum motivo para não exigir que o agente utilize suas capacidades especiais para evitar lesões a bens jurídicos protegidos. Nesse caso, o autor recorre, mais uma vez, ao exemplo do cirurgião com capacidades especiais, que deve utilizar de tais capacidades para evitar lesões a bens jurídicos.<sup>294</sup>

Por outro lado, acentua Stratenwerth que as posições generalizadoras podem ter um alcance demasiadamente amplo, posto que podem exigir de um cidadão que atue com um cuidado tal sem que tivesse condições para tanto.<sup>295</sup>

---

<sup>289</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 103.

<sup>290</sup> Artigo 121-3: Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

<sup>291</sup> . DREYER, Emmanuel. *Droit penal Général*. Paris: Litec, 2011. P. 493-545.

<sup>292</sup> Nesse sentido: DESPORTES, Frédéric e GUNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. 6ª edição. Paris: Economica 2011. P. 423-483.

<sup>293</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho* ... p. 420.

<sup>294</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho* ... p. 421.

<sup>295</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho* ... p. 421.

Para o autor, o direito penal não pode exigir de alguém algo que esteja além de suas capacidades.<sup>296</sup>

Diante dessas considerações, Stratenwerth, que a determinação do dever de cuidado deve ser feita com base nas condições pessoais do agente.<sup>297</sup>

Jakobs desenvolveu o argumento de Stratenwerth, sobretudo no que diz respeito ao fato de não se pode exigir de alguém algo que esteja além de suas capacidades.

O ponto de partida de Jakobs foi a função motivadora da norma de determinação. Na doutrina de Jakobs a norma é um imperativo destinado a cada um dos indivíduos de modo que a possibilidade de motivação individual é que condiciona a ilicitude. O autor pressupõe que o juízo de ilicitude pressupõe uma correta motivação interna do agente.

A partir disso Jakobs constrói, inicialmente, seu conceito de ação. O autor adota um conceito negativo em que a ação é conceituada como a causação evitável de um resultado e a omissão como a não evitação de um resultado que se poderia evitar. Assim definida, a ação faz parte de um sistema de imputação que tem por finalidade assegurar a validade da norma. Nesse conceito de ação a ideia de evitabilidade é essencial. No que tange à evitabilidade, o autor deixa claro que se trata de evitabilidade individual. A determinação do que é ou não evitável perpassa a capacidade individual de o agente desempenhar seu papel social como destinatário do fator motivacional contido na norma penal.

Alguns autores, mesmo discordando do conceito de ação proposto por Jakobs, concordam com o pensamento do autor alemão quanto à função motivadora da norma de determinação e que, em razão da necessidade de uma motivação real, as condições pessoais do agente devem ser analisadas no tipo penal.<sup>298</sup>

Corcoy Bidasolo concorda com a função motivadora da norma penal. Nesse sentido, acentua a autora que:

---

<sup>296</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho ...* p. 421.

<sup>297</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho ...* p. 421.

<sup>298</sup> Nesse sentido conferir: D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

*“La norma penal, como norma de determinación, solo tiene sentido frente al autor al que les es posible acceder a la norma, por lo que en consecuencia, la posibilidad de motivación individual condiciona la antijuridicidad”.*<sup>299</sup>

A autora espanhola<sup>300</sup> também explica que, mesmo adotando uma posição individualizadora, a norma de cuidado continua sendo uma norma geral, de modo que aceitar as condições pessoais do agente na estrutura do tipo não significa criar uma norma de cuidado específica para cada autor de eventual delito.

Para ilustrar o pensamento de Corcoy Bidasolo é possível recorrer ao delito de homicídio culposo. Em tal delito a regra de cuidado é: todos devem evitar condutas que resultem um perigo para a vida. Essa norma é geral. Todavia, a norma geral só pode ser aplicada a quem tem a capacidade de cumpri-la.<sup>301</sup>

A autora ainda argumenta que aceitar a posição individualizadora não impede a correta delimitação entre o injusto e a culpabilidade. Para ela, no injusto penal se analisa a possibilidade de o autor do fato se motivar de acordo com a norma. Já na culpabilidade o que se analisa é a normalidade da motivação do autor.<sup>302</sup>

Outro fundamento para considerar as condições pessoais do agente como elementos para o tipo culposo é desenvolvido por Struensee.<sup>303</sup> A partir da concepção de injusto pessoal desenvolvida por Welzel, o autor defende a existência de uma parte subjetiva no tipo culposo, assim como ocorre no tipo doloso.

O ponto de partida de Struensee é que, segundo ele, os autores finalistas que tentaram criar um conceito único de ação que abrangesse dolo e culpa falharam. Vejamos a construção do raciocínio de Struensee.

---

<sup>299</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 103.

<sup>300</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 103.

<sup>301</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 104.

<sup>302</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito*... p. 105.

<sup>303</sup> STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. Trad. Joaquín Cuello Contreras. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 40, fasc 2, p.423-449, 1987

Inicialmente, Welzel definiu que na ação culposa a finalidade é uma finalidade potencial. Sobre isso, acentua Struensee<sup>304</sup> que a crítica de Nise é incontestável. A finalidade, enquanto dado ôntico, ou “é” ou “não é”. A potencialidade seria um dado normativo, neste sentido, Welzel teria desenvolvido um conceito de ação dolosa fundamentado na finalidade, enquanto dado ôntico, e um conceito de ação normativo para a culpa.

A partir da sua crítica, Nise também desenvolveu um conceito de ação para o injusto culposo. Segundo Nise, a ação culposa também é orientada finalisticamente. Ocorre que, enquanto no dolo a finalidade é dirigida ao resultado proibido, na culpa a finalidade é dirigida para algo lícito. Sobre esse conceito Struensee afirma que Nise acabou por, involuntariamente, abandonar o fundamento metodológico do finalismo, que é estabelecer um conceito único de ação.<sup>305</sup>

Após a crítica de Nise, Welzel alterou o conceito de ação culposa. Nesse segundo momento, Welzel passou a defender que na ação culposa a finalidade refere-se não à escolha da meta, mas sim à escolha dos meios. Para Struensee a distinção entre a finalidade referida à meta e a finalidade referida à execução não é adequada para delimitar a finalidade relevante no injusto culposo.<sup>306</sup> Para ele, a distinção entre meta e meio somente é possível quando existe a descrição legal da meta incriminada, o que falta no delito culposo.<sup>307</sup>

Diante desse quadro, Struensee busca traçar o conteúdo da finalidade no delito culposo de modo que dolo e culpa possam estar compreendidos sob um mesmo conceito de ação finalista. Para tanto, parte o autor de uma premissa reconhecida amplamente, qual seja: a finalidade no delito culposo não pode se dirigir ao resultado proibido.<sup>308</sup>

Se a finalidade não abrange o resultado, Struensee sustenta que o resultado não faz parte da descrição conceitual do tipo culposo. O resultado é uma condição objetiva de punibilidade que tem como função servir como

---

<sup>304</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 429.

<sup>305</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 430.

<sup>306</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 431.

<sup>307</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 431.

<sup>308</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 435.

parâmetro para delimitar a formação das condições que propiciaram sua ocorrência<sup>309</sup> na medida em que a ocorrência de um resultado é sempre precedida da criação de perigo intolerável, risco não permitido, ao bem jurídico. Desde modo, a finalidade no injusto culposo refere-se às condições responsáveis pela criação de um perigo intolerável. As condições que criaram um risco não permitido e propiciaram a ocorrência do resultado caracterizam o tipo objetivo no injusto culposo. Já o tipo subjetivo consiste no conhecimento, por parte do autor, das circunstâncias que criam um perigo intolerável, um risco não permitido.

Com efeito, Struensee fundamenta sua posição individualizadora na necessidade de caracterizar o conteúdo da finalidade no delito culposo.

Finalmente, um terceiro fundamento para a teoria individualizadora é a necessária semelhança estrutural entre dolo e culpa enquanto elementos da imputação subjetiva. Esse fundamento é adotado na Itália por Donini<sup>310</sup> e Canepa,<sup>311</sup> por exemplo, e no Chile por Manalich,<sup>312</sup> para justificarem a adoção da posição generalizadora.

O ponto de partida é que a culpa e o dolo consistem em critérios subjetivos de imputação que, mesmo possuindo diferenças de natureza ontológica no plano estrutural de avaliação, possuem grande afinidades. Assim, é possível fundamentar a adoção da teoria individualizadora no fato de que dolo e culpa são elementos do tipo penal, são formas de imputação subjetiva do resultado e que, por isso, devem ter estruturas semelhantes. Se o dolo é compreendido como um estado subjetivo do agente, a culpa também deve conter elementos subjetivos para sua verificação. Além de estrutura semelhante, dolo e culpa devem ter o mesmo método de verificação.

Para Canepa, o agente atua com dolo quando conhece as circunstâncias fáticas do que está prestes a realizar e quer realizar (dimensões cognitiva e

---

<sup>309</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 436.

<sup>310</sup> DONINI, Massimo. *L'elementosoggettivo dela colpa*. Grazie e sistemática. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Fasc. 1- Gennaio-Marzo 2013. Milano: Giuffré Editore, 2013.

<sup>311</sup> CANEPA, Andrea. *L'imputazione soggettiva dela colpa*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2011. p. 148.

<sup>312</sup> MANALICH, Juan Pablo. *La imprudencia como estructura de imputación*. Revista de ciencias penales. Sexta época. Vol. XLII, N. 3. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

volitiva do dolo). Essas dimensões, embora subjetivas, devem ser verificadas de modo impessoal.

A impessoalidade diz respeito à forma de verificação do dolo. No caso concreto, o magistrado, diante da impossibilidade de “entrar” na cabeça do agente, deve, a partir de circunstâncias do caso concreto, inferir a existência do dolo. Desse modo, o dolo tem uma parte subjetiva, mas sua avaliação, em termos processuais, deve ser feita de maneira objetiva.

A culpa, enquanto elemento do tipo, deve seguir a mesma estrutura e o mesmo processo de verificação do dolo. A culpa não consiste somente no aspecto normativo referente à violação ao dever de cuidado. Se assim fosse, não haveria qualquer semelhança estrutural entre dolo e culpa. A culpa, assim como o dolo, tem uma parte subjetiva que consiste na previsibilidade/evitabilidade individual do resultado. Como só é evitável aquilo que é previsível, a culpa (parte subjetiva) consiste na evitabilidade individual do resultado. Com efeito, a parte subjetiva da culpa tem como conteúdo a possibilidade de o agente se comportar de modo a evitar o resultado.

### ***2.3.2 A utilização das condições pessoais do agente no âmbito da teoria individualizadora.***

Dentre os autores que adotam a posição individualizadora não existe uniformidade sobre como utilizar as condições pessoais do agente no âmbito do tipo penal. Assim, a utilização das condições pessoais pode se dar de maneira restritiva, para simplesmente avaliar a previsibilidade do resultado, ou maneira bem ampla, para caracterizar a parte subjetiva do tipo culposos.

É possível verificar três formas diferentes de utilizar as condições pessoais do agente: a) para caracterizar a previsibilidade do resultado; b) para caracterizar o dever objetivo de cuidado, e c) para caracterizar o tipo subjetivo culposos.

A primeira maneira de se valer das condições pessoais do agente é utilizá-las para caracterizar a previsibilidade. Desta maneira, a previsibilidade, enquanto

elemento do tipo culposo, não seria uma previsibilidade objetiva aferida conforme um *standard* objetivo. A previsibilidade seria compreendida enquanto previsibilidade subjetiva, baseada nas condições pessoais do agente.

Esta é a posição de Cerezo Mir, para quem os conhecimentos especiais do agente são considerados para avaliar a previsibilidade objetiva.<sup>313</sup> Nesse sentido, a avaliação da previsibilidade é feita pelo magistrado, que deve utilizar dos conhecimentos especiais do autor acerca das condições fáticas e do curso causal dos acontecimentos para determinar a previsibilidade objetiva.

Na visão de Cerezo Mir, não obstante a consideração das condições do agente para avaliar a previsibilidade, o dever de cuidado é balizado objetivamente. Para contornar a questão da lacuna de punibilidade no exemplo do cirurgião, destacado por Stratenwerth, o autor propõe tratar o caso como um delito omissivo impróprio, em que as condições do agente seriam consideradas para determinar o dever de evitar o resultado.<sup>314</sup>

Normalmente, a adoção das condições pessoais do agente para determinar a previsibilidade está relacionada à busca por diferenciar a culpa consciente da inconsciente na estrutura do tipo culposo.<sup>315</sup>

Outra forma de utilizar as condições pessoais do agente no tipo culposo é valer-se delas para caracterizar o dever objetivo de cuidado. Na doutrina brasileira é esta a opção feita por Paulo Queiroz e Heitor Costa Júnior.<sup>316</sup>

Ainda na doutrina brasileira, Fábio D'Avila adota expressamente a teoria individualizadora.<sup>317</sup> Como o autor adota, também expressamente, a posição de Roxin em relação à estrutura do tipo culposo, as condições pessoais do agente são utilizadas como parâmetro para a determinação do risco proibido. No entanto, importa destacar que aludido autor não explica como compatibilizar a estrutura do tipo culposo por ele adotada com as condições pessoais do agente.

---

<sup>313</sup> CREEZO, Mir. *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 36, Fasc/Mes 3, 1983. p. 471-504.

<sup>314</sup> CREEZO, Mir. *El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 36, Fasc/Mes 3, 1983. p. 471-504.

<sup>315</sup> Nesse sentido: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. 8. ed. Editorial Reppertor. Barcelona, 2006.

<sup>316</sup> COSTA JR. Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988. p.62.

<sup>317</sup> D'AVILA, Fábio. *O crime culposos...* p. 95.

Bernardo Feijóo,<sup>318</sup> que também adota a posição individualizadora, utiliza as condições pessoais do agente para delimitar o dever de cuidado, ou seja, o dever objetivo de cuidado é elemento do tipo penal e deve ser analisado conforme as condições pessoais do agente.

Para o autor, o fundamento da norma de cuidado é a evitabilidade individual.<sup>319</sup> Assim como para outros que adotam a posição individualizadora, a existência de um dever jurídico tem como pressuposto um fato que poderia ser individualmente evitado. Assim, não é possível esperar que alguém venha a ser cuidadoso quando não tem nenhuma possibilidade de aplicar o cuidado ou de se motivar conforme a norma de cuidado.

No entanto a determinação do dever objetivo de cuidado é feita levando em consideração as condições pessoais do agente. Com efeito, a determinação do dever objetivo de cuidado depende do contexto da ação e das características pessoais do autor,<sup>320</sup> que devem ser aferidas de maneira objetiva.

Importa destacar que as condições pessoais do agente não determinam, por si só, a imputação do fato ao agente, mas são dados que devem ser considerados para a valoração da violação da norma de cuidado.

Posição semelhante é adotada por Andrea Canepa.<sup>321</sup> O autor italiano também fundamenta o tipo culposo na evitabilidade individual do fato, de forma que, para a determinação do dever de cuidado, é essencial que o agente tenha a possibilidade de se comportar de maneira tal que o resultado seria evitado.

Segundo o autor, no tipo culposo trata-se de avaliar se a “bagagem” intelectual que o agente detinha em dado momento histórico era suficiente para ele conhecer a situação de perigo e evitar a ocorrência do resultado.<sup>322</sup>

Diferente de Bernardo Feijóo, Canepa, antevendo as críticas que seriam endereçadas à sua posição, procura diferenciar o tipo culposo, fundamentado na evitabilidade individual, da culpabilidade.

---

<sup>318</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 62.

<sup>319</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 255.

<sup>320</sup> FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo...* p. 109.

<sup>321</sup> CANEPA, Andrea. *L'imputazione...* p. 152 e seguintes.

<sup>322</sup> CANEPA, Andrea. *L'imputazione...* p. 158.

A evitabilidade individual, enquanto elemento do tipo culposo, como acentuado acima, consiste na “bagagem” intelectual que o agente detinha em dado momento histórico e se ela era suficiente para ele conhecer a situação de perigo e evitar a ocorrência do resultado. Já a culpabilidade é baseada na inexigibilidade de outra conduta, onde o essencial é a regularidade do processo de motivação do agente.

Na culpabilidade o que se avalia é como o agente foi levado a praticar o injusto culposo e porque ele o praticou. Esses dados são, na visão do autor, o cerne da inexigibilidade de outra conduta. Assim, Canepa compreende que está estabelecido o limite entre a evitabilidade individual e a culpabilidade nos crimes culposos.

Definido que o ponto central da culpa reside na evitabilidade individual, é indispensável, então, determinar os critérios de avaliação da evitabilidade. Neste aspecto, Canepa acentua que a avaliação da evitabilidade, embora subjetiva, deve ser impessoal na medida em que a avaliação da evitabilidade deve ser feita a partir de dados objetivos. A partir de destes dados objetivos é que se infere a evitabilidade individual.

A verificação da evitabilidade individual do resultado é feita de acordo com dois grupos de fatores relevantes: 1) os elementos que acompanham o fato (circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução...), e 2) as questões referentes ao agente (capacidade individual, formação, sexo, idade, características físicas, características psíquicas...).

Ainda no âmbito da posição individualizadora é possível visualizar um terceiro grupo. Para este grupo o tipo culposo é composto por uma parte objetiva e uma parte subjetiva. A característica em comum das posições deste terceiro grupo é a aceitação de uma parte subjetiva no tipo culposo. Neste grupo é possível destacar as posições de Corcoy Bidasolo,<sup>323</sup> na Espanha, a de Struensee,<sup>324</sup> na Alemanha, e a de Donini,<sup>325</sup> na Itália.

---

<sup>323</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito ...* p. 207 e seguintes

<sup>324</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 436

<sup>325</sup> DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo* 136.

No entanto, mesmo dentro das posições desse terceiro grupo existem algumas variações. Para Donini, as condições pessoais do agente seriam utilizadas somente na parte subjetiva. Desse modo, o tipo culposo seria composto por parte objetiva e essencialmente normativa, que seria caracterizada pelo dever objetivo de cuidado, e por uma parte subjetiva caracterizada pelo dever subjetivo de cuidado.

Já para Corcoy Bidasolo as condições pessoais do agente são utilizadas tanto na parte objetiva quanto na parte subjetiva do tipo culposo. Para a autora, a utilização das condições pessoais do agente não se restringe à definição da regra de cuidado violada no tipo objetivo, mas são utilizadas, ainda, para caracterizar o dever subjetivo de cuidado.

Uma primeira forma de utilizar as condições pessoais do agente no tipo culposo é defendida por Donini.<sup>326</sup> Para o autor, o tipo objetivo doloso é idêntico ao tipo objetivo culposo. A diferença entre as duas formas de manifestação da conduta típica ocorre na parte subjetiva do tipo.

Se em termos objetivos o tipo doloso é igual ao tipo culposo, é necessário explicar a natureza do dever de cautela. Para Donini o dever de cautela não consiste em elemento normativo do tipo, mas sim em um indício da culpabilidade, que é tratada já no âmbito do tipo subjetivo. Se assim não fosse, explica Donini, o tipo culposo seria inconstitucional, pois seria um culpa *in re ipsa*,<sup>327</sup> seria como falar em um dolo objetivo (dolo *in re ipsa*).

Considerando que o dever de cautela é um indício da culpabilidade, é importante, para Donini, definir os parâmetros da definição da regra de cautela no tipo subjetivo culposo, de modo a permitir a diferenciação entre o tipo subjetivo culposo e a culpabilidade. Para ilustrar a posição de Donini é possível partir do exemplo de um médico cirurgião que durante uma cirurgia provoca a morte do paciente. A regra de cautela, enquanto elemento do tipo culposo subjetivo, tem como parâmetro um médico nas mesmas condições do aludido médico. Já a culpabilidade tem como parâmetro aquele médico específico.

---

<sup>326</sup> DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo*...136

<sup>327</sup> DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo*... p. 137.

Donini adota como critério para a definição do dever de cautela referente ao tipo subjetivo culposo o *homo eiusdem professionis et condicionis*.<sup>328</sup>

Ao contrário de Basile, que defende que o *homo eiusdem* trata de um *standard* objetivo e deve ser compreendido no âmbito das posições generalizadoras, Donini sustenta que o *homo eiusdem* deve ser compreendido para determinar a medida subjetiva do tipo culposo.

O autor compreende, assim como Marco Grotto, que o *homo eiusdem professionis et condicionis* deve ser utilizado como parâmetro da culpa subjetiva devido ao seu grau de aproximação com o agente específico, o que preencheria, na sistemática de Donini, o indício da culpabilidade a ser analisado no tipo culposo.

Corcoy Bidasolo defende uma ampla utilização das condições pessoais do agente no tipo culposo, que seria composto de uma parte objetiva, caracterizada pela violação ao dever objetivo de cuidado, e de uma parte subjetiva, caracterizada pela violação ao dever subjetivo de cuidado. A autora espanhola, como anteriormente acentuado, utiliza as condições pessoais do agente nos dois momentos do tipo culposo.

No tipo objetivo as condições pessoais do agente são utilizadas para a determinação do dever objetivo de cuidado. As regras de cautela devem ser estabelecidas de acordo com as condições pessoais do agente. Dessa forma, exigir-se-á do agente especialmente capacitado um cuidado maior do que o cuidado exigido do agente que tenha uma capacidade média.

Já do agente que tem uma capacidade bem inferior à média, a violação à regra de cuidado decorre do fato de ele realizar uma conduta perigosa para a qual ele não estava preparado.

Importa destacar que, mesmo utilizando as condições do agente para determinar a regra de cautela, a autora fala em dever objetivo de cuidado. Isso

---

<sup>328</sup> DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo...* p. 148. Explica Donini que "*in realtà la c.d misura soggettiva della colpa è la vera misura della colpa homo eiusdem professionis et condicionis* (DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo...* p. 148).

ocorre porque as condições pessoais devem ser inferidas a partir de dados objetivos.

Todavia, a autora defende a existência, ao lado do tipo objetivo culposo, de um tipo subjetivo, caracterizado pelo dever subjetivo de cuidado.

O tipo objetivo do delito culposo pressupõe a criação de uma situação de perigo ao bem jurídico penalmente tutelado. Assim, argumenta Corcoy Bidasolo que é necessário que o agente possa conhecer o risco criado para o bem jurídico. Nisso consiste o fundamento do dever subjetivo de cuidado, que é a parte subjetiva do delito culposo.<sup>329</sup>

A autora explica a diferença e a relação existente entre a cognoscibilidade e previsibilidade. Na obra de Corcoy Bidasolo, previsibilidade, que é denominada de previsibilidade individual, desempenha papel importante no tipo subjetivo devido à sua relação com a possibilidade de conhecer a situação de perigo. A previsibilidade, enquanto previsibilidade individual, é definida como aquilo que é possível ao agente prever *ex-ante*. Contudo, somente é possível prever aquilo que o agente tem a possibilidade de conhecer. Com efeito, a possibilidade de conhecer a situação de perigo e a previsibilidade da prática de uma ação típica mantêm uma estreita relação na estrutura do tipo subjetivo culposo. Assim, para Corcoy Bidasolo, a previsibilidade individual é “o conteúdo da cognoscibilidade”.<sup>330</sup>

Já a cognoscibilidade é a possibilidade de o agente conhecer o risco criado ao bem jurídico. A cognoscibilidade é definida como “aquilo que se exige do agente conhecer”.<sup>331</sup> O tipo subjetivo, como já acentuado, tem como elemento o dever subjetivo de cuidado. O dever subjetivo de cuidado consiste na possibilidade de o agente conhecer a situação de perigo para o bem jurídico, ou seja, é a cognoscibilidade da situação de perigo.

Importa destacar que, para Corcoy Bidasolo, o efetivo conhecimento do perigo e dos fatores de risco que emanam de sua conduta permite a punição a título de dolo.<sup>332</sup> Por esta razão é que no tipo subjetivo culposo o agente

---

<sup>329</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 207.

<sup>330</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 218.

<sup>331</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 218.

<sup>332</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito* ... p. 221.

desconhece um perigo ao bem jurídico criado por sua conduta, perigo este, que ele poderia conhecer.

Quando o agente desconhece a situação de perigo que poderia conhecer ocorre a violação ao dever subjetivo de cuidado. Com efeito, o tipo subjetivo culposo consiste em uma espécie de erro que recai sobre a situação de perigo. Nesse aspecto, Corcoy Bidasolo desenvolve, em parte, a ideia que Jakobs expõe em seu manual ao defender que o crime culposo consiste em uma espécie de erro.

Se a violação ao dever subjetivo de cuidado ocorre quando o agente não conhece a situação de perigo que devia conhecer, é fundamental delimitar quando é que se pode exigir do agente que ele conheça a situação de perigo. Para isso, Corcoy Bidasolo se vale do critério da inexigibilidade como um princípio geral do direito penal para delimitar violação ao dever subjetivo de cuidado.

Aquilo que é exigível do autor conhecer deve ser avaliado segundo três pontos que o saber do autor teria que abarcar para reconhecer a possibilidade da realização de uma ação típica: 1) o conhecimento da situação fática; 2) a previsão de sua própria conduta e de sua eficácia na situação em que se encontra, e 3) o conhecimento das regras de experiência e sua aplicação na situação em que se encontra. Com base nesses vetores é que a autora pretende determinar quando é exigível do autor o conhecimento de uma situação de perigo.

Fácil notar que a análise acerca da exigibilidade da possibilidade de conhecimento de uma situação de perigo é semelhante à análise da invencibilidade do erro de tipo. Quando o erro de tipo é invencível está excluída a tipicidade. O mesmo ocorre com a infração ao dever subjetivo de cuidado. Quando o conhecimento da situação de perigo não for exigível, erro invencível, o fato é atípico. No entanto, quando a possibilidade de conhecer a situação de perigo for vencível, ocorrerá a infração ao dever subjetivo de cuidado e, caso presente a tipicidade objetiva (violação ao dever objetivo de cuidado mais possibilidade de imputação objetiva do resultado), a conduta será típica.

Struensee também entende que as condições pessoais do agente devem ser utilizadas no tipo culposo. E mais, assim como Corcoy Bidasolo ele compreende que deve existir no tipo culposo uma parte subjetiva ao lado do tipo objetivo. No entanto, Struensee define o conteúdo do tipo subjetivo de maneira própria.

Após explicar o fundamento para sua tomada de posição, Struensee define que o tipo subjetivo no crime culposo consiste na possibilidade de conhecer as condições tipicamente relevantes para o resultado.<sup>333</sup>

A condição tipicamente relevante para a ocorrência do resultado é a inobservância do dever de cuidado. Assim, no tipo subjetivo a finalidade do agente deve abranger a previsibilidade e a regra de cuidado.

Diante do conteúdo do tipo subjetivo culposo, Struensee, mantendo inegável coerência, reconhece que, quando o agente desconhece os fatores relevantes do risco, estará caracterizado o erro de tipo.<sup>334</sup> No entanto, se existir a possibilidade de superar o erro mediante a obtenção de informação, o erro de tipo não existirá e o fato será típico.

### **2.3.3 Críticas à posição individualizadora**

É possível criticar a posição individualizadora em vários aspectos.

A primeira crítica é lançada por Hirsch e ataca o fundamento da posição individualizadora. Como já acentuado, a maior parte dos autores que adotam a posição individualizadora (por exemplo, Corcoy Bidasolo e Jakobs), partem do pressuposto que a norma de determinação é dirigida a quem pode se motivar de acordo com ela e, por este motivo, as condições do agente devem ser tratadas já no tipo penal.

Hirsch acentua que adotar tal fundamento seria retornar à teoria imperativa radical, que foi superada há tempos e que, atualmente, somente tem

---

<sup>333</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 443.

<sup>334</sup> STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo...* p. 445.

interesse histórico.<sup>335</sup> A teoria imperativa radical, como já explicado no tópico anterior, compreende que a norma penal somente é dirigida a quem pode se motivar conforme a norma.

A crítica de Hirsch é reforçada por Roxin, que destaca que a norma de determinação se dirige a todos, independentemente de suas condições individuais de se motivar conforme a norma.

Considerar que a norma penal é dirigida a quem pode se motivar de acordo com ela, adotando a teoria imperativa radical, ou teoria dos imperativos, como prefere Pagliaro,<sup>336</sup> implica em aceitar algumas consequências que, por não serem as melhores em termos dogmáticos, levaram à superação da teoria imperativa, sobretudo após a obra de Goldschmit.

Pagliaro<sup>337</sup> resume bem a crítica feita à teoria dos imperativos. Acentua o autor que aceitar a teoria imperativa contrasta com o fato que em diversas situações o agente não pode se motivar de acordo com a norma e, ainda assim, a norma é aplicada, como ocorre nos casos de inimputabilidade, erro de proibição evitável e culpa consciente.

Relacionado com a crítica sintetizada por Pagliaro está o fato que a teoria imperativa se baseia na ausência de separação entre injusto e culpabilidade, fato que é amplamente reconhecido e consagrado pelo legislador. E, dentro desta linha de raciocínio é que se faz outra crítica à posição individualizadora. Critica-se a teoria individualizadora pois ela acaba por unificar injusto e culpabilidade. Corroborando esta crítica, Roxin também defende que aceitar a posição individualizadora significaria um retorno à teoria dos imperativos que unifica injusto e culpabilidade.<sup>338</sup>

A teoria individualizadora antecipa para o tipo penal uma série de questões que seriam analisadas na culpabilidade. Tanto é verdade que a posição individualizadora não delimita claramente o injusto e a culpabilidade, que

---

<sup>335</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto...* p. 218.

<sup>336</sup> PAGLIARO, Antonio. *Principi...* p. 31.

<sup>337</sup> PAGLIARO, Antonio. *Principi...* p. 31.

<sup>338</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1016.

Donini<sup>339</sup> reconhece que utilizar as condições pessoais do agente utilizadas no tipo consistiriam em um indício da culpabilidade.

Como a norma somente é dirigida àqueles que podem se motivar, é necessário analisar no tipo penal todas as questões que podem impedir que o agente possa se motivar. Questões como idade, condições psicológicas, condições físicas, condições culturais e outras que afetam a capacidade de o agente se motivar conforme a norma no tipo culposo devem ser tratadas no tipo culposo. Nesse contexto, não há qualquer motivo para a imputabilidade não ser analisada já no tipo penal enquanto elemento para caracterizar o dever objetivo de cuidado, como sustentavam os adeptos da teoria imperativa radical.

As posições individualizadoras partem da premissa que a norma de determinação exige um agente que pode ser motivado de acordo tal norma. Os inimputáveis não podem ser motivados de acordo com a norma em razão da idade ou de doença mental. Logo, os inimputáveis não praticariam uma conduta descuidada. Com efeito, a inimputabilidade seria também um parâmetro para avaliar o dever de cuidado.

Os autores que adotam a posição individualizadora não admitem, pelo menos não expressamente, a hipótese de que a inimputabilidade deve ser analisada no tipo penal. No entanto, por coerência, a imputabilidade deve ser analisada no tipo culposo. Tal assertiva pode ser confirmada ao analisar, por exemplo, a construção feita por Corcoy Bidasolo. A autora, como já acentuado, compreende que a possibilidade de reconhecer a situação de perigo é elemento para caracterizar o dever subjetivo de cuidado. Certamente, a idade ou a condição de doente mental afetam a possibilidade de conhecimento da situação de perigo. De um doente mental não é exigível que ele conheça determinadas situações de perigo que fundamentariam a observância da cautela devida. Assim, por coerência, a inimputabilidade deve levar à atipicidade no âmbito da posição individualizadora.

No entanto, a imputabilidade ser avaliada no tipo penal traz uma série de inconvenientes. Conforme destacado por Luiz Luisi, um dos grandes avanços do

---

<sup>339</sup> DONINI, Massimo. *L'elemento* ... p. 132.

direito penal moderno é se valer da inimizabilidade como elemento da culpabilidade do agente, e não da tipicidade.

Ademais, valer-se da inimizabilidade como causa que exclui a tipicidade impediria a utilização da legítima defesa real contra ato de inimputável já que estaríamos diante de fato atípico, logo, fato justo.

O mesmo ocorre com o erro de proibição. Mantendo a coerência das posições individualizadoras, o erro de proibição também deveria excluir a tipicidade, pois o agente que atua em erro quanto à ilicitude da sua conduta não pode se motivar conforme a norma de determinação, assim como o inimputável.

Essas questões referentes à imputabilidade e ao erro de proibição foram percebidas por Roxin. Ao comentar a posição individualizadora o aludido autor assevera que “*se se pretendiera resolver la cuestión de outro modo, no se entenderia bien por qué la inimputabilidade sino más o el error de prohibición invencible no excluirían también la tipicidade*”.<sup>340</sup>

Outra crítica que pode ser formulada à posição individualizadora diz respeito ao princípio da confiança.<sup>341</sup> A posição individualizadora inviabiliza a aplicação do princípio da confiança enquanto critério normativo de limitação do risco proibido.

Em linhas gerais, é possível definir que quem pratica uma conduta dentro dos limites do risco permitido deve confiar que terceiros também pratiquem suas condutas dentro do risco permitido.<sup>342</sup> Exemplificando: um motorista que atravessa um sinal verde deve confiar que o motorista do outro lado do cruzamento obedeça ao dever de cuidado e permaneça parado. Isso só é possível se o dever de cuidado for o mesmo para os dois motoristas, ou seja, se o dever de cuidado for determinado através de um *standard* objetivo.

Se o dever de cuidado é delimitado conforme as condições pessoais do agente, como prega a posição individualizadora, o dever de cuidado é

---

<sup>340</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1016.

<sup>341</sup> Hirsch também percebeu a dificuldade se se conciliar a posição individualizadora com o princípio da confiança. Segundo o autor as normas de comportamento devem ser conhecidas por todos os membros da comunidade para que possam se orientar mutuamente (HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre lo injusto...* p. 21)

<sup>342</sup> Nesse sentido Roxin. *Derecho penal...* p. 104-106.

determinado individualmente conforme as condições pessoais. Desse modo, um agente somente poderá confiar que outro vá observar o dever de cuidado se ele conhecer as condições pessoais do outro. Isso tornaria inviável a aplicação do princípio da confiança, posto que exigiria do agente que ele conhecesse as condições dos demais atores sociais, o que é impossível.

É ainda possível criticar, especificamente, as posições que, no âmbito da posição individualizadora, aceitam que o delito culposo é uma espécie de erro (Donini e Jakobs, por exemplo).

Esses autores aceitam que a culpa seria uma espécie de erro que consistiria em um erro de representação (cognitivo) ou um erro de realização da conduta (erro executivo). Nesse sentido, Donini faz expressa menção à teoria de Kaufmann, que reconhece o tipo culposo como uma espécie de erro.<sup>343</sup> Da mesma forma acentua Jakobs que *“la imprudência es uno de los casos no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error”*.<sup>344</sup>

Se a culpa possui um aspecto subjetivo, em tese, seria possível, assim como no dolo, a existência de um erro de tipo. Assim, quando o agente acredita que está observando uma norma de cuidado quando, efetivamente, não está, tal fato seria uma espécie de erro de tipo. O mesmo ocorreria quando o agente não pudesse, por questões pessoais, conhecer a situação de perigo que exige a observância do dever de cuidado.

Entretanto, sendo a culpa uma espécie de erro, nos casos acima existirá um erro (sobre a regra de cuidado, ou sobre a existência da situação de perigo) em sobreposição a outro erro (tipo culposo). Tal situação consiste, certamente, em uma contradição lógica na medida em que não é possível um erro sobre um erro.

Por fim, é possível criticar especialmente as posições individualizadoras que admitem a existência de uma parte subjetiva no tipo penal. Nesse sentido, Juarez Tavares acentua que para a tipicidade culposa é absolutamente

---

<sup>343</sup> DONINI, Massimo. *L'emento soggettivo...* p. 134.

<sup>344</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal...* p. 381

dispensável qualquer vínculo consciente ou volitivo do agente com o objeto de referência.<sup>345</sup>

## 2.4 Teoria mista de Roxin

### 2.4.1 Características e fundamentos

Como já explicado anteriormente, Roxin entende que o tipo culposo é composto pelos critérios de imputação objetiva. Deste modo, seria possível supor que as condições pessoais do agente não teriam importância na estrutura do tipo culposo. Nesse sentido, após discorrer sobre as regras para a determinação da imprudência, Roxin acentua que “*todas las reglas expuestas has ahora para la determinación de la imprudência han partidos de baremos objetivos*”.<sup>346</sup>

No entanto, Roxin reconhece o problema referente às condições pessoais do agente, de modo que essas condições pessoais do agente podem ser levadas em conta, ou não, na avaliação da criação e realização do risco não permitido.

No que se refere à posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo, Roxin, buscando superar, sobretudo, a crítica lançada por Stratenwerth, desenvolve uma posição intermediária. Com efeito, como será exposto abaixo, autor não adere nem à teoria individualizadora e nem à teoria generalizadora.

Na visão do autor<sup>347</sup> as teorias individualizadora e generalizadora possuem a semelhança de reconhecer que, quando o autor possuir capacidade pessoal inferior ao barema, a punibilidade deve ser afastada. A divergência aqui é que, para a primeira teoria é causa de atipicidade e para a segunda uma causa

---

<sup>345</sup> Tavares, Juarez. *Teoria do crime...* p. 297. Figueiredo Dias afirma que aceitar um tipo subjetivo culposo consiste em herança do finalismo da qual a dogmática moderna não conseguiu ainda se desvencilhar. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. T. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 887).

<sup>346</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1013.

<sup>347</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1014.

de exculpação. Quando as condições pessoais do agente são superiores ao barema é que as divergências entre as referidas teorias são profundas.

Ao discorrer sobre a criação e realização do risco não permitido nos delitos culposos, Roxin aponta alguns critérios para a determinação da imprudência. Com efeito, são apontados pelo autor a violação de normas jurídicas, a violação de normas de tráfico, o princípio da confiança, a figura barema diferenciada (homem médio) e os deveres de informação e ponderação de utilidade do risco. Importa destacar que esses critérios, como é admitido pelo próprio autor, partem de baremas objetivos,<sup>348</sup> pois a criação e realização do perigo e a finalidade de proteção do tipo são independentes da individualidade do sujeito.<sup>349</sup> Assim, ele adota como ponto de partida a teoria generalizadora. De fato, para Roxin, as condições pessoais do agente devem ser analisadas na culpabilidade e não no tipo penal.

Quando o autor possuir capacidade pessoal inferior ao barema objetivo, o fato é típico devido à criação e realização do risco não permitido, porém o agente não seria culpável. A exculpação ocorre devido à inexigibilidade de outra conduta, que consiste em causa geral de exclusão da culpabilidade nos delitos culposos. Registre-se que, em relação aos tipos dolosos, o autor não admite a inexigibilidade de outra conduta como causa geral de exculpação.

Para fundamentar sua posição, Roxin explica, de maneira precisa, que analisar as condições pessoais do agente no tipo penal, como pretende a teoria generalizadora, implicaria na ausência de separação entre o injusto e a culpabilidade. Questões referentes à imputabilidade, como a existência de doenças mentais, conduziriam à exclusão do tipo.

Outro argumento utilizado diz respeito à lógica da norma. Adotar a teoria individualizadora significa aceitar que a norma penal somente pode ser dirigida ao fazer ou ao não fazer individualmente possível. No entanto, a norma é geral e dirigida a todos, independentemente de suas capacidades individuais.

No entanto, Roxin concorda com a crítica lançada por Stratenwerth em relação à teoria generalizadora, referente à lacuna de punibilidade quando o

---

<sup>348</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1013.

<sup>349</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1015.

agente possuir capacidades pessoais superiores ao barema e não as utilizar. Nesse caso, Roxin se afasta da teoria generalizadora. Na sua teoria, quando as condições pessoais do agente forem superiores ao barema, elas devem ser consideradas para a determinação da imprudência.

Um piloto de rali deve utilizar de suas habilidades para desviar de um pedestre, mesmo sendo uma situação em que o motorista médio não teria domínio sobre o automóvel para evitar o resultado. O fundamento para a teoria intermediária reside na necessidade de evitar lesões evitáveis aos bens jurídicos. Somente levando em conta as condições superiores do agente para a delimitação da imprudência é que se pode evitar lesões aos bens jurídicos não evitadas pela teoria generalizadora.

Para compreender a teoria de Roxin vejamos sua aplicação no caso do cirurgião. Determinada cirurgia é realizada por um cirurgião de renome que, reconhecidamente, domina uma técnica que a maioria dos médicos não domina. Nesse caso, considerando que o médico possui habilidades superiores, o barema utilizado no tipo penal deve considerar tais habilidades. Assim, se esse médico não utiliza seus conhecimentos especiais, terá criado um risco proibido.

Roxin resume sua posição da seguinte maneira: “*por tanto, se há de generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba*”.<sup>350</sup>

Na doutrina brasileira a posição intermediária de Roxin é adotada por Juarez Cirino dos Santos, para quem tal entendimento parece razoável.<sup>351</sup>

#### **2.4.2 Críticas à posição de Roxin**

Como acentuado anteriormente, a posição de Roxin consiste em uma posição intermediária. A figura barema a ser utilizada no tipo penal é fixada objetivamente. No entanto, quando o agente possuir habilidade superior, estas habilidades são consideradas na avaliação da tipicidade. É fácil perceber que a

---

<sup>350</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1015.

<sup>351</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria...* p. 88.

proposta de Roxin soluciona a lacuna de punibilidade em que incorre a posição generalizadora e que foi destacada por Stratenwerth.

Como a posição de Roxin adota aspectos da posição generalizadora e da posição individualizadora, as críticas endereçadas à posição generalizadora (excluída a lacuna de punibilidade), bem como as críticas endereçadas à posição individualizadora podem ser feitas à posição de Roxin.

Quando Roxin utiliza as condições do agente no tipo culposo (casos em que o agente possui habilidade superiores) é possível fazer as mesmas críticas que são dirigidas à posição individualizadora. Neste aspecto, a posição de Roxin significaria um retorno à teoria imperativa radical, confundiria injusto e culpabilidade e dificultaria a aplicação do princípio da confiança.

De outro modo, quando Roxin não utiliza as condições pessoais do agente no tipo culposo (casos em que o agente não detém nenhum conhecimento ou capacidade especial), é possível dirigir as mesmas críticas que são dirigidas à posição generalizadora, exceto aquela referente à lacuna de punibilidade destacada por Stratenwerth.

## **2.5 As condições pessoais do agente na teoria do crime culposo segundo a jurisprudência brasileira**

Depois de examinar as diversas posições doutrinárias sobre as condições pessoais do agente no delito culposo, é necessário investigar como a jurisprudência brasileira<sup>352</sup> enfrenta o tema.

Importa destacar, já de início, que na jurisprudência brasileira a localização sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo não é tratada com o rigor técnico que o tema merece.

No que se refere à estrutura do tipo culposo, os tribunais brasileiros são influenciados, assim como grande parte da doutrina, pela obra de Welzel. Para

---

<sup>352</sup> A jurisprudência estrangeira, sobretudo a alemã e italiana, são bem mais ricas sobre o tema. Sobre as condições pessoais do agente na jurisprudência italiana e alemã conferir: CANEPA, Andrea. *L'imputazione...* p. 73-141.

os tribunais brasileiros, de modo quase unânime, o tipo culposo e composto pelos seguintes elementos: o nexo causal, o resultado, a inobservância ao dever objetivo de cuidado, a previsibilidade objetiva. Para ilustrar, destaca-se o trecho de duas ementas, a primeira do Superior Tribunal de Justiça e segunda do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

[...] 2. O crime culposo tem como elementos a conduta, o nexo causal, o resultado, a inobservância ao dever objetivo de cuidado, a previsibilidade objetiva e a tipicidade.” (HC n. 186.451/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe de 12/6/2013.)

[...] O crime culposo é aquele resultante da não observância de um cuidado indispensável, manifestada na conduta produtora de um resultado objetivamente previsível, por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inc. II, do CP). Para sua configuração, devem estar presentes os seguintes requisitos: 1) conduta realizada com quebra de um dever objetivo de cuidado; 2) resultado involuntário; 3) nexo causal entre conduta e resultado; 4) tipicidade; 5) previsibilidade objetiva. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001935-24.2014.8.24.0040, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 13-10-2020).

Quanto ao parâmetro para a delimitar o dever objetivo de cuidado, o homem médio e suas variações é o critério adotado. Para ilustrar, segue abaixo trecho da ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

[...] 1. Análise os elementos do crime culposo: a conduta do apelante foi voluntária, agindo livre de qualquer coerção irresistível; a inobservância do dever de cuidado objetivo existiu quando resolveu empreender velocidade superior à da via; e a previsibilidade, já que dirigir em velocidade superior à permitida envolve fatores causadores de risco que exigem de qualquer homem médio a previsão de que o fato presente teria maiores chances de acontecer. Além disso, configura a imprudência no agir. (Acórdão 801147, 20110110036630APR, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 3/7/2014, publicado no DJE: 11/7/2014. Pág.: 155)

Com um pouco mais de precisão, alguns julgados se valem do homem médios nas mesmas condições do réu. Segue trecho da ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Como afirmou o Julgador, condenando o recorrente: "A culpa do acusado está perfeitamente caracterizada, como bem anota o Ministério Público, pela falta do cuidado objetivo exigível para as circunstâncias, uma vez que o laudo pericial demonstra com segurança que os pneus dianteiros do veículo conduzido pelo réu estavam muito gastos, além do recomendável e além daquilo exigido para a segurança; o trajeto empregado pelo réu era de serra, estrada conhecida pelo grande número de acidentes graves, de modo que o comportamento exigível do homem médio, nas condições do réu, era de não promover a condução do veículo naquelas circunstâncias." DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime.(Apelação Crime, Nº 70053655197, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em: 11-09-2013)

É possível concluir que os tribunais brasileiros, repita-se, influenciados pela obra de Welzel, adotam, em linhas gerais, a posição generalizadora. Com efeito, a determinação do dever de cuidado é feita com base em requisitos "objetivos" através da criação de um agente modelo (homem médio e suas variações) sem considerar as condições pessoais do agente. De igual maneira, a previsibilidade do resultado é objetiva.

Resumindo a posição quase unânime dos tribunais brasileiros, segue abaixo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que muito bem ilustra a posição majoritária dos tribunais brasileiros destacando o caráter objetivo do tipo culposo:

[...] Portanto, nos crimes culposos o agente atua de modo desatento, sem observar o cuidado exigível na espécie (que é fixado de modo objetivo e geral), acabando por causar o resultado antijurídico. Em tais delitos, a lei descreve o resultado, mas não a ação típica, limitando-se às adjetivações de imprudência, negligência ou imperícia como qualidades da ação. Como a natureza polimorfa destas ações torna impossível sua descrição legal, a infração é construída com sinal contrário: descreve positivamente a conduta prudente como modelo de avaliação da ação concreta. (TJMG - Apelação Criminal 1.0713.09.089624-0/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/05/2022, publicação da súmula em 17/05/2022)

Sendo o tipo culposo delimitado sem as condições pessoais do agente, seria natural imaginar que tais elementos seriam utilizados para a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos. O que se conclui da pesquisa feita é que os tribunais brasileiros aceitam analisar as condições pessoais do agente na

culpabilidade. Essa valoração é feita com base na inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal que exclui a culpabilidade. Ou seja, a depender de determinadas condições pessoais pode ser aplicada a inexigibilidade de outra conduta como causa de exculpação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná analisou o seguinte caso: um cidadão perdeu o controle do carro e matou a vítima. A defesa alegou que ele havia realizado uma cirurgia bariátrica e que, por isso, passou mal devido à baixa de glicose. Em tal situação, segundo a defesa, não seria possível exigir uma conduta diferente.

Ao avaliar o caso aludido tribunal manteve a condenação. Destaca-se abaixo trecho do voto do relator.

[...] Por outro lado, não se pode acolher a tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa. A inexigibilidade de conduta diversa somente estaria caracterizada se o autor não merecesse a punição porque, nas circunstâncias fáticas, dentro do que revela a experiência humana, não lhe era exigível um comportamento conforme o ordenamento jurídico.

Nos ensinamentos de Welzel a situação de inexigibilidade capaz de afastar a culpabilidade do agente seria decorrente de “circunstâncias externas que impedem a livre determinação da vontade e o instinto de conservação e pressões psíquicas afetam a capacidade de agir conforme o direito”

No presente caso, na tese defensiva, alega-se que o Réu se submeteu a cirurgia bariátrica, afetando-o no momento que atingiu a motocicleta, porque estaria “desorientado”.

Ora, o Réu afirma e a testemunha de defesa (Pamela Larissa da CostaTeixeira) corrobora a assertiva de que, de fato, o Réu passou mal no dia dos fatos antes de conduzir o veículo. Ademais, foi comprovado por prova documental que estava recém-operado de cirurgia bariátrica e que era portador de diabetes (em estado avançado).

Diante destas circunstâncias a sua culpabilidade permanece.

Se passava mal, por óbvio que o Réu estava ciente de que não poderia dirigir um veículo; porém, ainda assim, assumiu a condução arriscando a ocorrência de acidentes. Logo, era plenamente previsível que, caso tivesse qualquer complicação durante o trajeto quando dirigia o veículo, poderia causar sérios danos aos demais condutores e pedestres, ou até mesmo a morte de alguém, como infelizmente ocorreu. (TJPR - 1ª Câmara Criminal - 0036699-05.2015.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON COUTINHO DE CAMARGO - J. 23.11.2018)

Considerar as condições do agente como elemento para avaliar a inexigibilidade de outra conduta é perfeitamente aceitável, sendo, inclusive, defendido por parte da doutrina.<sup>353</sup> Ocorre que a compreensão equivocada dos tribunais brasileiros quanto à inexigibilidade de outra conduta traz sérias dificuldades para a consideração e análise das condições pessoais do agente nos crimes culposos.

É comum encontrar decisões onde a defesa alega a inexigibilidade de outra conduta e o tribunal afirma que, se ocorreu a violação ao dever de cuidado, não há que se falar em inexigibilidade de outra conduta. Para ilustrar segue abaixo acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Crime militar. Homicídio culposo. Lesão culposa. Prescrição. Cerceamento de defesa. Inversão na ordem de apresentação das alegações finais. Culpa. Imprudência. Inexigibilidade de conduta diversa. Individualização da pena.

1 - Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição regula-se pela pena imposta - e não pela pena em abstrato (CPM, art. 125, § 5º).

2 - Alegações finais pelo assistente da acusação depois das da defesa não causa nulidade se não houve qualquer prejuízo para a defesa.

3 - Age com culpa, manifestada pela imprudência, policial que, sem confirmar dados do veículo e sem fazer sinal de parada, dispara arma de fogo contra veículo que não oferecia qualquer risco ao agente ou a terceiro, atingindo dois dos ocupantes.

4 - Não incide a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa se o policial militar deixa de observar as regras de abordagem a veículo e do uso progressivo da força e dispara arma de fogo contra veículo em movimento.

5 - Incide a agravante prevista no art. 206, § 1º, e art. 210, § 2º, do CPM se, além de violar o dever de cuidado - que, por si só, caracteriza o crime culposo (imprudência, negligência ou imperícia) - o policial que não observa regra técnica de sua profissão.

6 - Apelação não provida. (Acórdão 1266064, 00132775420138070003, Relator: JAIR SOARES, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/7/2020, publicado no DJE: 29/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Essa postura inviabiliza a consideração das condições pessoais do agente na estrutura do tipo culposo e viola o princípio da culpabilidade,

---

<sup>353</sup> GROTTTO, Marco. *Principo di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

transformando a avaliação da culpa em uma questão puramente de antinormatividade. E o mais grave, a antinormatividade tendo como parâmetro o homem médio, de modo que a responsabilidade penal por delito culposos se dá quase que exclusivamente através de uma conduta contrária à conduta do homem médio.

Para corroborar a relação entre violação ao dever objetivo de cuidado e inexigibilidade de outra conduta, pesquisa feita para a elaboração desta tese não encontrou sequer uma decisão em que o agente tenha sido absolvido devido à inexigibilidade de outra conduta em razão da prática de um injusto culposos. A pesquisa feita nos tribunais regionais federais e tribunais de segunda instância de vinte Estados da Federação com os parâmetros “culpa e inexigibilidade de conduta diversa” não encontrou uma única sentença reconhecendo a inexigibilidade de outra conduta. Isso reforça a impressão de que, na visão de nossos tribunais, quando ocorre a violação ao dever objetivo de cuidado, é sempre possível exigir do agente uma conduta diversa.

Outra questão que merece destaque é que, na *praxis* dos tribunais brasileiros, é possível afirmar que a culpabilidade é quase presumida a partir da prática de um fato típico e ilícito. Com essa linha de raciocínio a inexigibilidade de outra conduta somente é aplicada em casos excepcionais e desde que cabalmente demonstrada pela defesa. Nesse sentido, segue abaixo trecho do voto proferido em apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

[...] É que a inexigibilidade de conduta diversa se configura apenas quando não é possível exigir do agente outra conduta que aquela praticada em determinada situação de risco e nas hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica, as quais não se encontram configuradas no caso em tela.

Ao discorrer sobre a inexigibilidade de conduta diversa, MARIA CAROLINA MELLO AMORIM ensina que:

"(...) o termo "inexigibilidade de conduta diversa" conecta-se à idéia de excepcionalidade no direito. Sua aplicação só se dá em casos extraordinários, anômalos e circunstanciais, dado que a regra é sempre exigir-se o cumprimento da lei. Para se reputar como uma situação eivada de excepcionalidade, imprescindível se faz a valoração das circunstâncias da ação e sua relação com o autor. Aliás, tal valoração é o cerne da culpabilidade, porque atrelada ao juízo de censura e reprovação" (in "A inexigibilidade de conduta diversa" - Os

É possível resumir a posição majoritária da seguinte forma: as questões pessoais do agente são tratadas na culpabilidade, no âmbito da inexigibilidade de outra conduta. Todavia, a inexigibilidade é causa de exculpação extraordinária e existe uma confusão entre violação do dever de cuidado e inexigibilidade de outra conduta, de modo que são recorrentes decisões afirmando que, sendo inobservado o dever de cuidado, é exigível outra conduta.

Diante desse quadro é possível afirmar que, no âmbito, dos tribunais brasileiros, as condições pessoais do agente no delito culposo têm uma importância bem reduzida, sendo quase irrelevantes.

Em alguns julgados é possível perceber a utilização das condições pessoais do agente na estrutura do tipo culposo. Na pesquisa realizada, nas poucas vezes que as condições do agente são utilizadas no âmbito do tipo culposo, isso ocorre para delimitar a previsibilidade subjetiva. O caso mais explícito consta em um voto vencido do Ministro Olindo Menezes, do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Entre os elementos do crime culposo está a previsibilidade, que não é aferida de forma abstrata, porquanto quase todos os fatos naturais podem ser previstos pelo homem, senão de forma objetiva, arrimada em fatos e no plano de uma pessoa razoável, e de forma necessariamente subjetiva, dada a possibilidade de o agente, nas condições peculiares do cenário fático, prever o resultado, o que não está demonstrado pela acusação".(RHC n. 154.359/RJ, relator Ministro Olindo Menezes. Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 23/6/2022.)

Percebe-se que o ministro relator sustentou no voto que a previsibilidade do resultado deve ser aferida com base nas condições do agente e nas peculiaridades do caso concreto. O ministro adotou, no que se refere às condições pessoais do agente, claramente, uma posição individualizadora.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão isolada, também já adotou a teoria individualizadora.

- [...] a) Conduta humana: ação ou omissão;
- b) Inobservância do dever de cuidado objetivo (imprudência, negligência ou imperícia);
- c) Resultado lesivo.
- d) Relação de causalidade;
- e) Previsibilidade, ou seja, a possibilidade de se prever nas circunstâncias e nas condições pessoais do agente, o evento danoso;
- f) Tipicidade.

Há que se salientar, ainda, que a inobservância do dever de cuidado objetivo está intimamente ligada à previsibilidade do resultado, de modo que quanto mais previsível o fato, maior deve ser o cuidado objetivo do sujeito. (TJMG - Apelação Criminal 1.0498.13.002491-8/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/10/2021, publicação da súmula em 27/10/2021)

As decisões acima que consideram as condições do agente na tipicidade culposa são absolutamente isoladas nos tribunais brasileiros.

## **2.6 Tomada de posição**

A exposição das posições generalizadora e individualizadora feita anteriormente, revela que os fundamentos adotados pelas referidas posições são insuficientes. O que se observa é que a teoria generalizadora e a teoria individualizadora utilizam argumentos que são insuficientes para a fundamentação das respectivas posições e consequente solução do problema , na medida em que são facilmente questionados e refutados pela posição oposta.

A teoria da norma é o principal fundamento utilizado tanto pela posição generalizadora quanto pela posição individualizadora. Para a posição generalizadora, considerando que a norma penal é geral e abstrata, as condições pessoais do agente não poderiam fazer parte do tipo penal. Já os adeptos da posição individualizadora argumentam que a norma penal é dirigida àqueles que são capazes de se motivar de acordo com ela, deste modo, as condições pessoais do agente devem ser tratadas no tipo penal.

Contra a posição a individualizadora, argumentam os defensores da posição generalizadora que defender que a norma é dirigida àqueles que podem

se motivar significa voltar à teoria dos imperativos radicais, que já foi superada. Os adeptos da posição individualizadora, a seu turno, rebatem, afirmando que a norma é geral e abstrata, o que se individualizaria no tipo penal é a regra de cuidado.

O que se observa é que recorrer à teoria das normas não fornece um fundamento definitivo para uma ou outra posição.

Com efeito mostra-se necessário buscar um novo fundamento para solucionar o problema proposto. Nesse contexto, é que a tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais fornece fundamento para a solução do problema proposto.

No item 1.4 desta tese foi estabelecido que o fato bruto que dá suporte à culpabilidade é um estado mental que consiste na cognoscibilidade do dever de cuidado. A cognoscibilidade do dever de cuidado somente pode ser aferida a partir dos conhecimentos do agente e de sua capacidade em relação ao desenvolvimento de determinada atividade. Diante disso é que se reafirma que as condições pessoais do agente no âmbito dos delitos culposos devem ser avaliadas na culpabilidade. Sendo assim, adota-se nesta tese a posição generalizadora.

Ocorre que, o fundamento para a adoção da posição generalizadora é teoria de Searle acerca da criação dos fatos institucionais e não os fundamentos apontados pelos defensores da referida posição, que, como já acentuado, são insuficientes.

Em resumo, adotar-se-á a posição generalizadora com o fundamento original que é a teoria de Searle.

Importa destacar que, a utilização das condições pessoais do agente na culpabilidade também implica nas melhores soluções dogmáticas.

Ao se adotar a posição generalizadora mantém-se a necessária coerência com a estrutura do tipo penal que foi adotada no item 2.1.2. Sendo o tipo penal culposos constituído pela imputação objetiva não há espaço para tratar das condições pessoais do agente no tipo penal.

Embora seja um tema raramente debatido, a adoção da posição generalizadora acarreta uma melhor solução no que tange ao tratamento do erro em relação ao dever de cuidado.

Quando o agente erra sobre o dever de cuidado existem duas possibilidades de tratamento dogmático, ou se trata como erro de tipo ou como erro de proibição. Nos termos da posição individualizadora, quando o erro sobre o dever de cuidado ocorre em razão de erro sobre circunstâncias fáticas é tratado como erro de tipo, sendo aplicado o artigo 20 do CPB.

Ocorre que, aplicando o artigo 20 do CPB, e como já estamos diante de um crime culposos, o único erro que teria relevância seria aquele inevitável. Deste modo, tratar o erro quanto ao dever de cuidado como erro de tipo implicaria na supressão da distinção entre o erro evitável e a ausência de erro.

Para ilustrar, vale lembrar o caso hipotético formulado no item 2,2.1, o caso é o seguinte: Em uma determinada fábrica de produtos químicos os trabalhadores que lidam com as matérias-primas perigosas seguem as normas de cuidado estabelecidas pelo órgão de controle. Após uma série de pesquisas, o órgão de controle chega à conclusão de que as normas de cuidado anteriores estavam obsoletas e colocavam os trabalhadores em risco. Diante disso, o órgão controle altera as normas de cuidado exigidas para o manuseio dos materiais. O gerente da fábrica, para não aumentar os custos de produção, não repassa ao funcionário responsável as novas normas de cuidado. O funcionário, que acreditava estar seguindo as regras de cuidado, continuou a praticar suas condutas observando as regras antigas e provocou um acidente que acarretou a morte de uma pessoa.

No caso acima, aplicando o artigo 20 do CPP caso se considere o erro evitável o funcionário da fábrica seria punido a título de culpa, como o caso analisado já consiste em delito culposos o erro seria irrelevante. Caso se considere que o erro é inevitável seria excluída a tipicidade. A ausência de distinção entre erro evitável e ausência de erro não é a melhor solução em termos de política criminal na medida em que impossibilita a correta individualização da responsabilidade penal e viola o princípio da proporcionalidade.

Ademais, a ausência da distinção entre ausência de erro e erro significaria considerar o crime culposo como uma espécie de erro.

Por tais motivos é que a posição individualizadora não fornece a melhor solução no que tange ao erro sobre o dever de cuidado. Por outro lado, caso a análise dos conhecimentos e capacidades do agente seja feita na culpabilidade (teoria generalizadora) o erro sobre o dever de cuidado consiste em erro de proibição, sendo mantida a gradação entre: não erro; erro evitável e erro inevitável.

Destaca-se, ainda, que adotar a posição generalizadora evita o esvaziamento da culpabilidade nos delitos culposos. De modo que, a culpabilidade é reafirmada como importante elemento para limitar o poder de punir do Estado.

Acerca das críticas endereçadas à posição generalizadora e que dizem respeito à construção do agente modelo, sobretudo a crítica lançada por Stratemweth, o que se observa é que, os inconvenientes destacados pelo referido autor são superáveis no âmbito da teoria generalizadora.

A substituição elementos tradicionais do delito culposo pela imputação objetiva e a utilização do critério da melhor ciência e experiência evita a lacuna de punibilidade que tanto foi criticada por Stratemweth.

De outro modo, a análise efetiva das condições pessoais do agente na culpabilidade, como se defende nesta tese, contorna os rigores da utilização da melhor ciência e experiência no âmbito da tipicidade.

Nesse sentido, e considerando o fato bruto que dá suporte à culpabilidade nos delitos culposos, os critérios para a aferição da culpabilidade nos delitos culposos são diferentes dos critérios para a aferição da culpabilidade nos delitos dolosos, o que também contribui para a autonomia dos delitos culposos em relação aos delitos dolosos.

## CAPÍTULO 3 – A CULPABILIDADE NOS DELITOS CULPOSOS

### 3.1 Considerações iniciais

No capítulo 1 desta tese ficou definido que as condições pessoais do agente nos delitos culposos devem ser avaliadas na culpabilidade conforme a aplicação da tese de Searle acerca da criação dos fatos institucionais. Neste capítulo, partindo do fato bruto, definido no capítulo 1, qual seja, o estado mental do agente frente ao dever de cuidado, será analisada a culpabilidade nos delitos culposos.

Importa destacar que, considerando as conclusões do capítulo 1, a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos é diferente da avaliação da culpabilidade nos delitos dolosos. Nesse sentido, serão expostos abaixo alguns elementos que diferenciam a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos em relação aos delitos dolosos.

Canepa chama a atenção que os manuais de Direito Penal argumentem que é fundamental que a responsabilidade culposa deve estar em sintonia com o princípio da culpabilidade, sendo necessária à valoração de aspectos subjetivos do agente. Todavia, ainda segundo o referido autor, a contribuição da doutrina para estabelecer critérios nesse sentido é absolutamente exígua e limitada.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> CANEPA, Andrea. *L'imputazione soggettiva...* p. 148.

No entanto, antes de analisar os elementos para a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos é importante tecer algumas considerações de caráter metodológico. Essas considerações dizem respeito à relação entre injusto e culpabilidade e sobre o problema da presunção de culpabilidade.

No sistema causalista de compreensão do delito, como já acentuado, o injusto era objetivo e a culpabilidade subjetiva, sendo nítida a divisão entre o objetivo e o subjetivo na teoria do delito.<sup>355</sup> Modelo semelhante, que remonta a Carrara,<sup>356</sup> é ainda hoje adotado por parte da doutrina.<sup>357</sup>

Poder-se-ia argumentar que o modelo proposto nesta tese significa um retorno ao modelo causalista de compreensão do delito. De fato, o modelo proposto nesta tese, onde a tipicidade do delito culposos consiste na imputação objetiva do resultado e as condições pessoais do agente são analisadas na culpabilidade, tem certa semelhança com o modelo causalista no que tange aos delitos culposos.

No entanto, existem diferenças entre o sistema causalista e o modelo proposto nesta tese. A primeira diferença diz respeito ao fundamento metodológico. No causalismo a divisão entre injusto objetivo e culpabilidade subjetiva tem como fundamento o positivismo jurídico e seu método de observar e descrever. Na presente tese o que fundamenta a análise das condições pessoais do agente na culpabilidade é a exigência de um mínimo ontológico para a formação dos fatos institucionais conforme a tese de Searle.

Outra diferença é a presença de dolo e culpa no tipo penal. Não se nega, conforme já exposto no item 2.1.1 desta tese que somente a presença de dolo e culpa no tipo é capaz de solucionar importantes problemas dogmáticos.

Outro ponto a ser destacado a título de considerações iniciais diz respeito ao problema metodológico acerca da presunção de culpabilidade. O que se

---

<sup>355</sup> Nesse sentido, por exemplo: LISZT. *Tratado de direito penal...* .No mesmo sentido: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hamurabi, 2007. CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Libería Bosch, 1929.

<sup>356</sup> CARRARA, *Programa do curso de direito...*

<sup>357</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale. Parte generale*. Milão: Giuffrè, 2001. No mesmo sentido: ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale - Parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1975.

percebe é que, de um modo geral, quando o agente viola o dever de cuidado e provoca um resultado típico previsível presume-se que ele é culpável. Desse modo, somente em casos excepcionais e desde que ele faça a prova negativa, em verdadeira inversão do ônus da prova, é que a culpabilidade é excluída.

Na doutrina italiana Marco Groto também chama a atenção para a ocorrência da presunção de culpabilidade. Sobre o assunto o autor afirma que:

*È forse per questo motivo che – come rimarcato più volte nel corso lavoro – si tende, soprattutto in giurisprudenza ma anche nelle costruzioni teoriche, ad obliterare l'accertamento “in positivo” della colpevolezza colposa, dandola per “scontata”.*<sup>358</sup>

Ainda no âmbito da doutrina italiana, quando se trata de culpa específica, há quem defenda, inclusive, que a presunção de culpabilidade é absoluta, não se admitindo prova em sentido contrário. Sobre o assunto explica Bettiol:

*“... per evitare dei dibattiti e delle contestazioni in materia, il legislatore ha ritenuto, in base a presunzioni juris et de iure, che nell'agente sussista la prevedibilità, senza che si possa in concreto avanzare la prova della sua inesistenza ai fini di una sentenza di proscioglimento. È questo uno dei pochi casi in cui nel diritto penale ci imbattiamo in presunzioni”.*<sup>359</sup>

Em sede jurisprudencial a situação não é diferente. Diante da constatação de uma tipicidade culposa tem-se a presunção da culpabilidade culposa. Nesse sentido já decidiu a Corte de Cassação italiana:

*“La prevedibilità dell'evento è elemento estraneo alla nozione di colpa di cui all'art. 43 c.p., il quale per la sussistenza del reato colposo richiede esclusivamente una condotta antigiuridica che si ricollega, in virtù del nesso di causalità, con l'evento”.*<sup>360</sup>

Nos tribunais brasileiros, embora o tema seja menos debatido, a posição não é diferente:

<sup>358</sup> GROTO, Marco. *Principio di colpevolezza*...p.305.

<sup>359</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale. Parte generale*, 10 ed., Padova, Cedam, 1978. p. 400.

<sup>360</sup> Cass., Sez. IV, sent. 20 gennaio 1986, in Cass. pen., 1987, 1547 ed in Giust. pen., 1987, II, 296.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MODALIDADE DOLOSA. DEVOLUÇÃO DA QUANTIA APROPRIADA QUE NÃO ELIDE O CRIME E NEM IMPORTA NA SUA DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO CULPOSO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. PERDA DO CARGO. PENA INFERIOR A UM ANO. IMPOSSIBILIDADE. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ADVOGADO PARTICULAR. MISERABILIDADE DEVERÁ SER AFERIDA NA FASE DE EXECUÇÃO.

01. Devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito, bem como o elemento subjetivo do tipo penal, e não incidindo quaisquer causas excludentes de tipicidade, ilicitude ou da culpabilidade, mostra-se incabível o pleito de absolvição por insuficiência de provas ou de desclassificação para peculato culposo.

02. Não se pode ver na restituição posterior da quantia apropriada a exclusão do tipo subjetivo do delito, pois o que nele importa, além da lesão patrimonial, é a falta do dever de probidade do serventuário da Justiça.

03. Devidamente comprovado que a restituição integral dos valores indevidamente apropriados foi voluntária e antes do recebimento da denúncia, deve ser reconhecido o arrependimento posterior, com a consequente redução da pena.

04. Estando o acusado assistido por advogado particular, o momento adequado para que a alegada miserabilidade jurídica seja examinada é a fase de execução. (TJMG, Apelação Criminal 1.0079.11.006699-4/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/1/2013, publicação da súmula em 5/2/2013)

O método para a avaliação da culpabilidade nos tribunais brasileiros consiste em considerar o autor de um injusto penal como culpável e somente se existir, em caráter excepcional, uma causa que exclua a culpabilidade afastar-se-ia o juízo de reprovação, como se a culpabilidade do autor não tivesse elementos próprios que devem ser avaliados no caso concreto.

É possível apontar alguns motivos para que a culpabilidade seja presumida a partir da ocorrência de um injusto culposo. O primeiro motivo refere-se à dificuldade e complexidade de avaliação processual da culpabilidade. Isso faz com que, na prática, se escolha um caminho mais fácil em termos de avaliação processual, que é presumir a culpabilidade, deixando ao acusado a prova negativa, que, ressalta-se, é sempre mais difícil de ser feita.

O outro motivo refere-se ao uso do vocábulo “potencial” para denominar elementos da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude, potencial

conhecimento da situação de perigo, potencial conhecimento da regra de cautela). O uso da palavra “potencial” faz com que ocorra uma confusão entre possibilidade de conhecer a ilicitude, por exemplo, e avaliação potencial da culpabilidade.

Explicado o problema referente à presunção de culpabilidade, destaca-se que aludida presunção deve ser rejeitada como base nos fundamentos abaixo.

A presunção absoluta, no caso da culpa específica, significa um evidente retorno à “*versari in re ilícita*”, o que não condiz com um Estado Democrático de Direito. E mais, basear a culpabilidade em uma presunção absoluta significa alijar da culpabilidade qualquer função de subjetivação da responsabilidade penal, bem como impede a culpabilidade de limitar o poder punitivo do Estado através das necessidades preventivas da pena. Ademais, aceitar a presunção absoluta transformaria o Direito Penal em mero sancionador de proibições administrativas.

No que tange à presunção relativa, ela também deve ser evitada. Presumir a culpabilidade em razão da prática de uma conduta típica, ainda que seja permitido ao acusado fazer prova em contrário, impede a culpabilidade de desempenhar suas funções. Sabidamente a prova negativa é sempre algo extremamente difícil de ser feito. Diante dessa dificuldade fica comprometida função de subjetivação da responsabilidade penal. Ademais, basear a culpabilidade em uma presunção é o mesmo que não limitar o poder punitivo do Estado.

Diante do exposto, a culpabilidade nos delitos culposos deve ser avaliada positivamente. Ou seja, é indispensável a presença de seus elementos constitutivos, que não podem ser presumidos a partir da prática de um fato típico.

Nos itens abaixo serão estabelecidos critérios para a avaliação dos elementos da culpabilidade.

### **3.2 Imputabilidade**

Segundo a doutrina majoritária, imputabilidade é elemento da culpabilidade tanto nos delitos dolosos quanto nos delitos culposos<sup>361</sup>, que é o objeto desta tese.

Ocorre que, a imputabilidade nos delitos culposos deve ser definida e avaliada a partir das conclusões expostas no capítulo 1 desta tese. Nesse sentido, é fundamental destacar a função de subjetivação da responsabilidade penal que a ser desempenhada pelo fato bruto que dá suporte à culpabilidade. Função de subjetivação que, por consequência, também é desempenhada também pela culpabilidade.

Nesta ordem de ideias a imputabilidade, enquanto elemento da culpabilidade também desempenha a função de subjetivação da responsabilidade penal, no sentido de estabelecer a responsabilidade pessoal do autor do injusto considerando-se seus aspectos pessoais e elementos subjetivos

A própria adoção por parte do legislador do conceito biopsicológico deixa claro que a imputabilidade desempenha a função de subjetivação da responsabilidade penal. Avalia-se da imputabilidade o estado mental do autor do injusto por meio da aferição de sua idade e presença de alguma enfermidade mental.

A função de subjetivação da responsabilidade penal, a ser desempenhada pela imputabilidade, também fica evidente quando são analisados os elementos da imputabilidade. Nesse sentido afirma Luiz Regis Prado que a imputabilidade

---

<sup>361</sup> Juarez Tavares defende que a imputabilidade faz parte do conceito de ação. Sobre o assunto afirma o autor que: “À medida que se atribua ao sujeito uma conduta contrária à ordem jurídica, está claro que essa atribuição pressupõe que esse sujeito se situe no âmbito de contexto dessa ordem jurídica. Uma vez que o sujeito não pertença a esse contexto, em razão de vinculações culturais a outros contextos normativos ou de transtornos mentais que o incapacitem de proceder a uma análise crítica de sua conduta em face dos demais e da ordem jurídica e da conduta dos demais diante de si e da ordem jurídica, não poderá praticar uma ação penalmente relevante. Se o sujeito não pode fazer uma autocrítica de sua conduta e da conduta dos demais, nessas condições, não poderá igualmente atender às normas de cuidado que pesem sobre sua atividade. Nesse ponto, portanto, a questão da imputabilidade deve ter sua análise antecipada para o momento da configuração da própria conduta. Constatada a inimputabilidade, estará negada a própria ação” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*p. 273). Posição semelhante é sustentada por Miguel Reale Júnior (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...* p. 208). Conforme a posição já explicada nesta tese, a posição de Tavares não deve ser aceita, uma vez que mencionado autor, embora considere a imputabilidade um elemento da ação, considera que imputabilidade diminuída seja avaliada na culpabilidade, o que viola a coerência interna do sistema analítico de compreensão do delito.

“ possuiu dois aspectos: cognoscitivo ou intelectual (capacidade de compreender a ilicitude do fato) : e o volitivo ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão).”<sup>362</sup>

Ora, é certo que os elementos intelectual e volitivo dizem respeito à subjetiva da responsabilidade penal na medida em que denotam elementos subjetivos do autor do injusto penal.

Além da função de subjetivação da responsabilidade penal é importante destacar o fato bruto (estado mental) que dá suporte à culpabilidade que é a cognoscibilidade do dever de cuidado, pois é a partir da cognoscibilidade do dever de cuidado que o conteúdo da imputabilidade deve ser desenvolvido.

Observa-se que, autores como Roxin<sup>363</sup> não veem qualquer diferença entre a imputabilidade nos crimes dolosos e a imputabilidade nos crimes culposos. De outro modo, Torio Lopez destaca que a imputabilidade nos delitos culposos possui problemas específicos.<sup>364</sup> De fato, a imputabilidade nos delitos culposos possui algumas peculiaridades se comparada à imputabilidade nos delitos dolosos, sobretudo no que tange à inimputabilidade em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O legislador pátrio optou por não definir expressamente a imputabilidade. Por essa razão, o conceito de imputabilidade deve ser obtido a contrário senso do conceito de inimputabilidade<sup>365</sup> previsto no art. 26 do CP.<sup>366</sup> Com efeito, a imputabilidade é definida como “o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem a agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse conhecimento”.<sup>367</sup>

---

<sup>362</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso...* p. 435.

<sup>363</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1035. No mesmo sentido STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal...* 430.

<sup>364</sup> LÓPEZ, Ángel Torío. El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 33, fasc./mes 1, 1980, p. 86.

<sup>365</sup> Nesse sentido: BRUNO, Aníbal. *Direito ...* p. 45.

<sup>366</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

<sup>367</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito...* p.44.

A imputabilidade, nos termos acima definidos, possuiu dois elementos: o intelectual, que consiste na capacidade de conhecer a ilicitude, e o volitivo, que é a capacidade de atuar conforme a compreensão da ilicitude.<sup>368</sup>

Ocorre que o referido conceito de imputabilidade, como destaca Juarez Tavares, foi desenvolvido, de um modo geral, para os delitos dolosos.<sup>369</sup> Considerando as peculiaridades do delito culposos em comparação com o delito doloso é necessário buscar um conceito de imputabilidade que seja mais adequado às peculiaridades do delito culposos.

É importante ressaltar os motivos que servem de justificativa para a busca de uma formulação de imputabilidade exclusiva para os delitos culposos.

A imputabilidade é compreendida, majoritariamente, como a capacidade de conhecer a ilicitude do fato e de se orientar de acordo com tal compreensão. Nesse sentido, a ilicitude, que o agente deve ter a capacidade de conhecer, tem como parâmetro a violação da norma penal. No delito de homicídio, por exemplo, a norma é “não matar”. Assim, o que se deve avaliar é se o agente tem capacidade de compreender que matar alguém é “errado”.

Nos delitos culposos, como bem observado por Juarez Tavares,<sup>370</sup> não há uma confrontação direta do agente com a norma penal. Esta confrontação ocorre por intermédio da violação do dever de cuidado.

Ademais, conforme já destacado anteriormente a imputabilidade deve ser desenvolvida a partir do fato bruto que dá suporte à culpabilidade. Diante disso a imputabilidade nos delitos culposos deve ser compreendida como o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o dever de cuidado e determinar-se de acordo com esse conhecimento.

Diante do conceito traçado acima, o juízo de imputabilidade nos delitos culposos deve ser bem mais restrito se comparado à imputabilidade nos delitos dolosos. Isso ocorre porque não basta nos delitos culposos a capacidade de

---

<sup>368</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito...*p. 435.

<sup>369</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*p. 275.

<sup>370</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...*p. 276.

conhecer a ilicitude; é necessário avaliar um estado mental bem mais específico, que é a capacidade de conhecer o dever de cuidado.

Neste contexto, a avaliação da inimputabilidade em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado deve ter como objeto especialmente a capacidade de conhecer o dever de cuidado. Se a imputabilidade nos delitos culposos é mais restrita, a inimputabilidade é mais ampla.

É possível que o agente seja portador de uma determinada doença mental que não lhe retire a capacidade de conhecer a ilicitude, mas lhe impeça de conhecer o dever de cuidado. Para ilustrar suponhamos que, no caso do delito de homicídio o agente, portador de doença mental, tem a capacidade de saber que matar é errado, mas não tem a capacidade de conhecer o dever de cuidado naquele caso específico, seja porque é incapaz de reconhecer a situação de risco, seja porque é incapaz de conhecer a regra de cuidado.

Outro tema que merece ser analisado no que tange à imputabilidade é a utilização da teoria da *actio libera in causa (alic)*, que tem sua origem filosófica na obra de Aristóteles, para quem o ébrio é responsável pela sua ignorância.<sup>371</sup>

Como bem explicado por Luiz Regis Prado, “pela ação livre na causa a imputabilidade é transferida para o momento anterior à prática delitiva”.<sup>372</sup> Nesse sentido, a adoção da *actio libera in causa* significa que a avaliação da imputabilidade, que deve ser feita no momento da prática da conduta proibida, seja deslocada para um momento anterior, onde não existia a causa que eventualmente poderia levar à inimputabilidade. Roxin também explica a *alic*:

*“en el momento de la comision del delito su autor es incapaz de culpabilidad, pero en un momento anterior, cuando a um no se encontraba en este estado, produjo culpablemente su propia incapacidad de culpabilidad. Segun que haya actuado em relacion*

---

<sup>371</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Livro 3, Cap. 7, 1113b, 35. Acerca da *alic* na filosofia e sua relação com a *versari in re illicita* conferir: MONTENEGRO, Lucas. RENZIKOWSKI, Joachim. Liberdade embriagada? *Actio libera in causa, versari in re illicita* e a regra do art. 28, II CP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166/2020. p. 63-82. Abr/2020 DTR\2020\3818

<sup>372</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso...* p. 438.

*com el resultado producido dolosa o imprudentemente, se le castiga por delito doloso o imprudente”.*<sup>373</sup>

O Código Penal brasileiro, assim como o italiano,<sup>374</sup> adotou expressamente a *actio libera in causa* no art. 28, *in verbis*:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - a emoção ou a paixão; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

#### **Embriguez**

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

A análise da alic deve sempre ser feita sem perder de vista o princípio da coincidência ou da simultaneidade.<sup>375</sup> Assim, considerando que o delito possui um aspecto temporal, os elementos do injusto e da culpabilidade devem estar presentes no mesmo momento. Não há dúvidas que o dolo, por exemplo, deve estar presente no momento da condita típica. O mesmo ocorre com a

<sup>373</sup> ROXIN, Claus. Observaciones sobre la actio libera in causa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, vol. 41, n. 1, p. 21-37, jan.-abr. 1988. p. 21.

<sup>374</sup> Art. 92. Ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata.

L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce l'imputabilità.

Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata.

<sup>375</sup> O princípio da coincidência ou simultaneidade é previsto no código penal Italiano no artigo 85. Vejamos a transcrição do dispositivo: *Art. 85. Capacità d'intendere e di volere. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile.*

*È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere.*

imputabilidade: o agente deve ser imputável no momento em que pratica a conduta típica.

É em razão do princípio da simultaneidade que surgem as duas teorias que buscam fundamentar a alic: 1) a teoria da exceção, e 2) a teoria da tipicidade.

A teoria da exceção sustenta que a alic consiste em uma exceção ao princípio da simultaneidade. Exceção fundamentada no direito costumeiro ou na própria legislação, como ocorre no direito penal brasileiro por força do artigo 28 do CPB e no direito penal italiano.

Para a teoria da exceção a avaliação da imputabilidade é feita em momento anterior ao momento da realização da conduta típica. Ou seja, reconhece-se que, no momento da realização da conduta típica, o agente é inimputável em razão da embriaguez; todavia, a avaliação se o agente era imputável ou inimputável deve ser feita em momento anterior, ou seja, no momento em que o agente iniciou a embriaguez.

A teoria da tipicidade, por sua vez, antecipa o início da ação típica nos casos de alic. Aqueles que defendem esta teoria sustentam que nos casos de alic a ação típica já se inicia no momento em que se inicia a embriaguez. Assim, o início da execução nos casos de alic seria o início da embriaguez. Considerando que a avaliação da imputabilidade ocorre no momento em que se inicia ação típica, existiria a simultaneidade entre avaliação da imputabilidade e início da conduta.

A teoria da tipicidade busca, antecipando o início da ação típica, atender ao princípio da simultaneidade e afastar os questionamentos acerca da violação ao princípio da culpabilidade. No entanto, ela cria sérios problemas no que tange à tentativa, na medida em que no início da embriaguez já seria possível caracterizar o delito tentado.

Dentre os adeptos da teoria da tipicidade é comum encontramos autores que defendem ser a alic uma hipótese de autoria mediata em que o homem de

trás e homem da frente são a mesma pessoa. É esta a posição de Roxin,<sup>376</sup> Jakobs e Hirsch,<sup>377</sup> por exemplo.

Na doutrina nacional Busato<sup>378</sup> nega a utilização da alic. Segundo o autor “as dificuldades na aplicação da teoria da *actio libera in causa* não provém só de sua artificialidade senão também da construção dogmática clássica da ação”.<sup>379</sup> Diante disso, com fundamento no conceito significativo de ação, o autor nega a relevância da alic. Segundo o autor, a teoria significativa da ação compreende como ação penalmente relevante um número maior de atos do que as teorias tradicionais. Nesse sentido, nos delitos praticados por agentes embriagados, o ato de embriagar já é considerado como parte da ação que pode atrair a responsabilidade penal.

Desse modo, avaliar imputabilidade no momento da embriaguez significa avaliar a imputabilidade no início da ação penalmente relevante, o que afastaria a aplicação da alic e qualquer questionamento acerca da violação do princípio da simultaneidade.

Diante das divergências dogmáticas sobre a alic e de questionamentos que recaem sobre sua legitimidade, Juarez Tavares sustenta que a alic deveria ser excluída do direito penal.<sup>380</sup>

No que tange aos delitos culposos sustenta-se nesta tese que a alic é desnecessária. Destaca-se que a análise da alic nos delitos dolosos foge ao tema desta tese.

Para melhor delimitar a alic no âmbito dos delitos culposos é importante a formulação de um exemplo que é aceito pela doutrina majoritária: Um motorista devidamente habilitado se embriaga (voluntariamente ou culposamente) e vai conduzir seu veículo. Em determinado cruzamento ele não observa a placa de “PARE” e provoca um acidente que ocasiona a morte de um motociclista.

---

<sup>376</sup> ROXIN, Claus. *Observaciones sobre la actio libera in causa...*

<sup>377</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la actio libera in causa. *Revista Penal*. Barcelona, n. 7, p. 67-75, jan. 2001.

<sup>378</sup> BUSATO, Paulo César. Valoração crítica da actio libera in causa a partir de um conceito significativo de ação. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, vol. 3, n. 10, p. 61-81, 2003.

<sup>379</sup> BUSATO, Paulo César. Valoração crítica...p. 69.

<sup>380</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria...* p. 455-466.

O motorista não pode alegar que no momento do acidente ele não poderia conhecer a regra de cuidado em razão do seu estado de embriaguez, ainda que, de fato, a embriaguez lhe impeça de conhecer o “dever de cuidado”. Nesse sentido, a imputabilidade que inexistia no momento em que o agente praticou a conduta descuidada deve ser avaliada em momento anterior à embriaguez.

Ocorre que no caso acima a criação do risco proibido não consiste no desrespeito à placa de “PARE”, mas sim à própria embriaguez. O desrespeito ao sinalizado na placa é uma consequência da embriaguez. É nesse sentido que Roxin destaca a semelhança estrutural entre a alic-imprudência e a imprudência normal. Afirma o autor que:

*“La única diferencia entre la actio libera in causa ‘imprudente y la imprudência normal consiste em que en la actio libera in causa’ existen entre la acción imprudente y el resultado todavía otras acciones realizadas por el autor en estado de inculpabilidad, en las que falta la imprudencia ‘habitual’”.*<sup>381</sup>

A semelhança estrutural entre a alic imprudência e a imprudência normal também foi destacada por Juarez Cirino para quem “o conceito de *actio libera in causa* não encontra dificuldade em relação aos fatos imprudentes pela existência de identidade estrutural entre ambos.”<sup>382</sup>

A semelhança estrutural entre alic-imprudência e a imprudência normal torna absolutamente desnecessária a alic nos delitos culposos. Nas hipóteses de alic-imprudência a criação do risco não permitido, com a violação ao dever de cuidado, ocorre com a embriaguez, logo o colocar-se em estado de embriaguez já seria a violação da regra de cuidado. Com efeito, a imputabilidade nos casos de alic-imprudência deve ser avaliada no momento da embriaguez. Abstraindo-se a alic, o procedimento seria o mesmo, qual seja, a avaliação da imputabilidade deveria ser feita no momento da embriaguez, que consiste na conduta descuidada.

No mesmo sentido do que se defende nesta tese, ou seja, da irrelevância da alic nos delitos culposos, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (BGH)

---

<sup>381</sup> ROXIN, Claus. Observaciones...p. 26.

<sup>382</sup> SANTOS, Juarez. *A moderna...*p. 191.

já afastou sua aplicação no caso de um motorista de caminhão que após se embriagar completamente matou duas pessoas, sendo condenado por homicídio culposo. Considerou o Tribunal alemão que a embriaguez já caracterizaria a violação ao dever de cuidado, sendo desnecessária a aplicação da alic.<sup>383</sup>

Diante do exposto a avaliação da imputabilidade nos casos de embriaguez nos delitos culposos é feita no momento em que o agente começa a se embriagar, sem ter que se recorrer à figura da alic. Se nesse momento o agente, segundo suas condições biopsicológicas, tiver a possibilidade de conhecer o dever de cuidado ele será considerado imputável.

### 3.3A cognoscibilidade do dever de cuidado

O segundo elemento para a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos é a possibilidade de o agente, de acordo com suas condições pessoais, conhecer o dever de cuidado que lhe era exigido no momento da ação descuidada.

Vale destacar, mais uma vez, a função de subjetivação que é desempenhada pela cognoscibilidade do dever de cuidado. Aliás, é justamente a subjetivação da responsabilidade penal, que, nas palavras de Luiz Luisi, “põe o homem como centro do nosso direito penal.”<sup>384</sup>

Aplicando a tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais, a culpabilidade, enquanto fato institucional, é criada a partir da atribuição de função a determinado fato bruto. O fato bruto que dá suporte à culpabilidade é a cognoscibilidade do dever de cuidado.

Considerando que a culpabilidade desempenha as funções de subjetivação do injusto e de limitação do poder punitivo do Estado por meio das teorias da pena, a cognoscibilidade do dever de cuidado desempenha,

---

<sup>383</sup> Para uma análise detalhada acerca da referida decisão conferir: KÖSTER, Mariana Sacher. *La nueva jurisprudencia alemana sobre la figura de la actio libera in causa. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 301-308, ago. 1997. Para a referida autora, inclusive., a decisão do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha representa o começo do fim da alic.

<sup>384</sup> LUISI, *Os princípios...* p. 38,

principalmente, a função de subjetivação da responsabilidade penal nos delitos culposos.

Nesse sentido, os elementos propostos nesta tese para aferição da cognoscibilidade do dever de cuidado, dizem respeito a questões intelectivas do agente que revelam um estado mental ( fato bruto) que é a cognoscibilidde do dever de cuidado. Com efeito, avalia-se se o agente tinha conhecimento ou podia ter conhecimento da situação de risco. Se o agente tinha conhecimento da regra de cuidado ou podia ter conhecimento das regras de cuidado. Se o agente possuía algum déficit cultural ou intelectual.

Todos os elementos acima referem-se ao aspecto cognitivo-intelectivo do agente o que deixa claro, como já acentuado anteriormente, a função de subjetivação da responsabilidade penal. A subjetivação da responsabilidade penal desempenhada pela cognoscibilidade do dever de cuidado faz com que aquele fato seja de responsabilidade pessoal do autor, prestando, assim, homenagem ao princípio da responsabilidade pessoal.

Importa destacar que a possibilidade de conhecer o dever de cuidado, por sua vez, possui dois elementos: a possibilidade de conhecer a situação de risco e a possibilidade de conhecer a regra de cuidado. Esses elementos serão analisados nos itens abaixo. A possibilidade de conhecer a situação de risco no tópico 3.3.1 e a possibilidade de conhecer a regra de cuidado no item 3.3.2. Por fim serão analisados o dever de informação acerca do dever de cuidado no item 3.3.3 e o erro sobre o dever de cuidado no item 3.3.4.

### **3.3.1 A possibilidade de conhecer a situação de risco**

O primeiro elemento para avaliar a cognoscibilidade do dever de cuidado é a cognoscibilidade da situação de risco, isso porque, como já ressaltado anteriormente, é a partir da existência de uma situação de risco que surge a exigência de observar a regra de cuidado.

Todavia, antes analisar a cognoscibilidade da situação de risco é fundamental analisar a questão da previsibilidade subjetiva que é aceita pela

doutrina majoritária como elemento para a avaliação da culpabilidade nos delitos culposos.

### **3.3.1.1 A previsibilidade subjetiva do resultado e sua inadequação para a avaliação da culpabilidade**

A doutrina majoritária aceita a previsão subjetiva do resultado enquanto elemento do crime culposos.<sup>385</sup> Para aqueles que adotam a posição individualizadora a previsibilidade subjetiva do resultado consiste em elemento da tipicidade culposa, já para a os adeptos da posição generalizadora a previsibilidade subjetiva é critério para a aferição da culpabilidade.

Mas o certo é que, conforme explica Juarez Cirino, “a previsibilidade do resultado parece ser o fundamento mínimo de atribuição da imprudência”.<sup>386</sup> Aníbal Bruno explica que no crime culposos o resultado deve ser previsível sob pena de se incorrer em verdadeira “*versari in re illicita*”.<sup>387</sup> Heleno Fragoso acentua que a previsibilidade de que se cogita para a determinação da culpa *strictu sensu* será sempre a previsibilidade pessoal, que considera as possibilidades concretas do agente nas circunstâncias em que atuou.<sup>388</sup>

Stratenwerth, por sua vez, explica que a previsibilidade subjetiva não é outra coisa senão a possibilidade de conhecimento da relação causal entre o risco criado e o resultado típico.<sup>389</sup>

Em síntese, para a posição majoritária, a previsibilidade subjetiva do resultado consiste na possibilidade de o agente saber que sua conduta pode ser causa do resultado.

---

<sup>385</sup> Conferir: FRAGOSO. *Lições de direito...* p. 274. No mesmo sentido: MESTIERI. João. *Manual de direito penal*, I. 1999. p. 191. Mezger fala em previsibilidade das consequências de seus atos. (MEZGER. *Derecho penal...* p. 257).

<sup>385</sup> STRATENWERTH. *Derecho penal...* p. 426.

<sup>386</sup> SANTOS. *A moderna...* p. 104.

<sup>387</sup> BRUNO. *Direito penal...*p. 91. No mesmo sentido: MESTIERI. João. *Manual de direito penal*, I. 1999. p. 191. Mezger fala em previsibilidade das consequências de seus atos (MEZGER, ... *Derecho penal...* p. 257).

<sup>388</sup> FRAGOSO. *Lições de direito...* p. 274.

<sup>389</sup> STRATENWERTH. *Derecho penal...*p. 426.

Todavia, vale destacar que alguns autores utilizam a expressão “previsibilidade subjetiva” com um significado um pouco diferente daquele utilizado pela doutrina majoritária. Nesse sentido, para Luiz Regis Prado a previsibilidade subjetiva consiste na capacidade do agente, de acordo com suas capacidades pessoais, de evitar a tipicidade de sua ação e a verificação do resultado.<sup>390</sup>

O referido autor, nitidamente, se vale da previsibilidade subjetiva como sinônimo de evitabilidade. Ocorre que previsibilidade e evitabilidade são conceitos diversos, a previsibilidade consiste em momento prévio à evitabilidade, na medida em que somente é evitável aquilo que é previsível.

A diversidade de significados da expressão “previsibilidade subjetiva” fica evidente na obra de Juarez Cirino dos Santos.<sup>391</sup> Em um primeiro momento o autor assevera que “a previsibilidade do resultado parece ser o fundamento mínimo de atribuição da imprudência”.<sup>392</sup> Nesse sentido a previsibilidade teria como objeto do conhecimento o resultado. Já para caracterizar a culpa inconsciente o autor parece se referir à previsibilidade de realização do tipo.<sup>393</sup> E para caracterizar a culpa inconsciente o mesmo autor se refere à previsibilidade do risco não permitido.<sup>394</sup>

No que tange à posição majoritária, defende-se, na presente tese, que a denominada previsibilidade subjetiva do resultado é inadequada para a aferição da culpabilidade pelas razões que serão expostas abaixo.

A primeira objeção que pode ser lançada ao conceito de previsibilidade subjetiva do resultado é que ele traz para a aferição da culpabilidade todos os problemas que envolvem o nexo de causalidade.

Para caracterizar a previsibilidade subjetiva do resultado o agente deve ter condições de prever que sua conduta será causa do resultado proibido. Com efeito o agente deve ter condições de prever, em análise feita *ex ante*, o eventual nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado.

---

<sup>390</sup> LUIZ, Regis Prado. *Curso...* p. 378.

<sup>391</sup> SANTOS. Juarez Cirino. *A moderna teoria...* p. 104-106.

<sup>392</sup> SANTOS. Juarez Cirino. *A moderna teoria...* p. 104.

<sup>393</sup> SANTOS. Juarez Cirino. *A moderna teoria...* p. 104.

<sup>394</sup> SANTOS. Juarez Cirino. *A moderna teoria...* p. 105.

Ora, a determinação da causalidade no âmbito do tipo penal é tema por si só dos mais complexos.<sup>395</sup> Não existe sequer consenso acerca da teoria adotada para se determinar qual a conduta foi a causa de determinado resultado. A partir da teoria da relatividade até mesmo o conceito naturalista de causa sofre questionamentos devido à incerteza científica de se determinar a causa de um evento.

Nesse contexto, analisar se o agente podia ter conhecimento do nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado significaria inviabilizar a aferição da culpabilidade.

A previsibilidade subjetiva baseada na cognoscibilidade do nexo causal acaba transformando a aferição da culpabilidade em uma presunção baseada na tipicidade do fato. Se já se reconheceu no âmbito do tipo penal o nexo causal entre conduta e resultado é de se presumir que o agente, na aferição da culpabilidade, poderia conhecer algo que de fato ocorreu. Esta situação caracteriza a já superada *versari in re illicita* e compromete as funções de subjetivação e de limitação do poder punitivo que devem ser desempenhas pela culpabilidade.

Outra objeção ao conceito de previsibilidade subjetiva do resultado diz respeito ao objeto da cognoscibilidade.

A previsibilidade subjetiva do resultado, como já mencionado, exige que o agente tenha a possibilidade de conhecer o nexo causal entre sua conduta e o resultado previsto no tipo penal. Por exemplo, no caso de um homicídio culposo é necessário que o agente tenha a possibilidade de saber que sua conduta pode causar o resultado morte. Com efeito, o resultado previsível deve ser um resultado específico.

Devido à complexidade de diversas atividades humanas e, sobretudo, às incertezas científicas, em diversas situações, não é possível que o agente tenha a possibilidade de conhecer que sua conduta possa causar um determinado resultado específico, não obstante a gravidade das situações envolvidas e a

---

<sup>395</sup> Sobre a questão da causalidade conferir, dentre outros: COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2016. MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2019.

necessidade de gestão de riscos através da tutela penal. Nesta ordem de ideias, importa destacar que o objeto da previsibilidade subjetiva, ou seja, a possibilidade de conhecer o nexos causal entre a conduta e o resultado específico, não é capaz de atender às necessidades referentes à gestão de riscos na sociedade contemporânea pois, como será demonstrado abaixo, é incompatível com o princípio da precaução.

Nos últimos anos o princípio da precaução foi tratado através de vasta literatura.<sup>396</sup> <sup>397</sup>Em linhas gerais, e no que interessa à presente tese, o referido princípio determina que, em casos de incerteza científica quanto a determinado evento deve-se tomar as medidas necessárias para a gestão dos riscos. Nesse sentido explica Orsini que:

*“il principio di precauzione è finalizzato ad orientare il consociato nell’ipotesi in cui questi si trovi ad agire in un contesto che comporta la potenziale insorgenza di rischi ignoti sotto il profilo scientifico-tecnologico”.*<sup>398</sup>

A fim de demonstrar como a previsibilidade subjetiva do resultado não atende ao princípio da precaução, vale destacar os casos que envolvem a morte de trabalhadores em razão da exposição prolongada ao amianto. Tais casos, no

---

<sup>396</sup> Discorrer detalhadamente acerca do princípio da precaução foge do escopo desta tese, mas a literatura sobre o assunto é vasta. Cf: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. MARINI, Luca. *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*. Cedam. Padova, 2004. CASTRONUOVO Donato... Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del «penale» nella giurisprudenza della Cassazione, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*. Ed. Giappichelli. Torino, 2015.

<sup>397</sup> Sobre o fundamento do normativo do princípio da precaução no Direito Europeu destacac Cecília Vabonesi que “Il fondamento normativo del principio di precauzione si rinviene, infatti, nell’art. 174 TCE, oggi recepito nell’art. 191, comma II, TFUE, collocato in apertura al Titolo XX, intitolato all’Ambiente . La giurisprudenza comunitaria, che può a buon diritto ritenersi la vera teorizzatrice e creatrice di un principio di precauzione ante litteram, soprattutto in tema di tutela dell’ambiente<sup>6</sup>, ha poi interpretato e sviluppato il dettato normativo, estendendone la portata. Ma è soprattutto la Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione (Bruxelles, 2 febbraio 2000) che statuisce i requisiti cardine del principio in esame: ivi, infatti, si prescrive la necessità di una corretta analisi del rischio nelle fasi fondamentali della valutazione, gestione e comunicazione dello stesso. Questa tripartizione costituisce l’iter logico attraverso il quale prende forma l’odierno assetto delle prescrizioni prevenzionistiche.” (VALBONESI, Cecília. *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa*. Ed. Firenze University Press. Firenze, 2014. P. 56)

<sup>398</sup> ORSINA, Amalia. *Rischio...*p. 21.

que tange à caracterização do delito culposos, foram objeto de intensa discussão, principalmente, na doutrina italiana, onde é vasta a literatura sobre o tema.

Para contextualizar: na década de 60 existia conhecimento técnico e científico suficiente que demonstrava que a exposição à poeira do amianto era nociva à saúde. Todavia, mas não existia conhecimento técnico e científico suficiente que demonstrasse que a exposição à poeira do amianto causava câncer de pulmão e que poderia e levar à morte.

Feito o esclarecimento acima, vale destacar, dentre outras, a sentença Macola de 2002.<sup>399</sup> O caso tratado na sentença diz respeito a um trabalhador exposto ao amianto e que, anos após a exposição, morreu em razão de um tumor no pulmão. No período em que ocorreu a exposição do trabalhador à poeira do amianto, já se sabia que o produto era nocivo à saúde, mas não existia a certeza acerca da causação do câncer de pulmão.

Baseada na previsibilidade de um resultado específico, a defesa alegou que na época dos fatos não era possível prever que a exposição ao amianto poderia causar a morte. Logo, estaria excluída a previsibilidade subjetiva do resultado e, via de consequência, a responsabilidade por crime culposos.

Partindo da conceituação de previsibilidade subjetiva do resultado adotada pela doutrina dominante, a defesa estava correta. Na época da conduta descuidada, embora fosse possível prever que a poeira do amianto era nociva à saúde, não existiam estudos que comprovassem que a poeira do amianto poderia causar tumor maligno no pulmão.

Ao final do processo, a Corte de Cassação italiana decidiu que a previsibilidade não se refere ao nexos causal entre a conduta e o evento específico morte, mas se refere à previsibilidade de um evento genérico, qual seja, o dano à saúde. E como à época dos fatos era sabido que a inalação da poeira do amianto causava danos à saúde, a Corte de Cassação condenou o diretor da empresa.

---

<sup>399</sup> 5 Cass., Sez. IV, sent. 11 luglio 2002. Sentença com notas in: GUARINIELLO, Raffaele. Tumori professionali da amianto e responsabilità penale (Nota a Cass., Sez. IV, 11 luglio 2002, Macola), in Foro it., 2003, II, 324.

Outro caso emblemático na jurisprudência italiana, e que é útil para demonstrar como a previsibilidade subjetiva não atende ao princípio da precaução, diz respeito ao ocorrido no polo petroquímico de Porto Marghera.<sup>400</sup>

Porto Marghera consiste em polo industrial localizada na região do Veneto. Uma das empresas do polo industrial era a empresa Montedison, gigante da indústria química italiana. Os trabalhadores da empresa eram expostos, durante o trabalho, ao cloreto de vinila (composto orgânico de fórmula química  $C_2H_3Cl$ , usado para, dentre outras coisas, fabricar tubos de PVC). Já nos anos 70 sabia-se que o cloreto de vinila era perigoso para a saúde, mas não se tinha a certeza se ele poderia causar câncer e levar à morte.

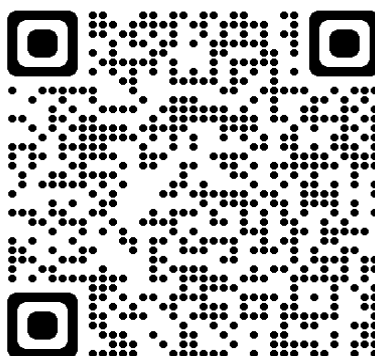
Após diversos trabalhadores terem falecido, os diretores da empresa foram processados criminalmente pela morte culposa e outras imputações.

Em primeira instância os denunciados foram absolvidos sob o argumento de que na época dos fatos não era possível prever o evento específico morte como decorrência da exposição ao cloreto de vinila. De fato, assim como já acentuado no caso do amianto, partindo do conceito de previsibilidade subjetiva, não era possível prever que a exposição ao cloreto de vinila causaria câncer.

No entanto, a Corte de Cassação, em decisão proferida em 2006,<sup>401</sup> reformou as decisões anteriores e condenou cinco diretores da empresa. Em

---

<sup>400</sup> A luta dos trabalhadores em Porto Marghera foi objeto do documentário denominado “Porto Marghera - Últimas Brasas”. O documentário pode ser acessado através do link abaixo (QR-



Code criado em 8/12/2023):

<sup>401</sup> Cass., Sez. IV, sent. 6 febbraio 2007 (ud. 17 maggio 2006), n. 4675 . DI SALVO E., Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso “Porto Marghera”, in Cass. pen., 2009, p. 2877. Apud: Grotto, *Principio...* . Cécília Valbonesi comenta a referida decisão e também utiliza o trabalho de Di Salvo (VALBONSE, Cecília. Scienza e rischio fra prevedibilità dell'evento e predittività della decisione giudiziaria. Revista de Estudios Jurídicos nº 20/2020 (Segunda Época) ISSN-e 2340-5066.

síntese, decidiu a corte italiana que, embora na época dos fatos não fosse possível prever a morte, era possível prever que a exposição ao cloreto de vinila poderia causar danos à saúde. Portanto, a previsão de um evento genérico era suficiente para a imputação culposa.

Os dois casos mencionados acima, Porto Marghera e Macola, deixam evidente a inadequação do conceito majoritário de previsibilidade subjetiva do resultado por não atender ao princípio da precaução.

De acordo com o conceito dominante de previsibilidade subjetiva, de fato, os casos acima seriam casos de absolvição devido à falta deste elemento, o que levaria à exclusão da culpabilidade conforme a posição generalizadora, ora defendida.<sup>402</sup>

Ocorre que, nos dois casos mencionados existe um cenário de certeza científica acerca da nocividade dos produtos químicos, mas existe um quadro de incerteza científica acerca da causação do resultado específico morte. Tal incerteza, aliada à magnitude dos danos que poderiam ser causados, justificaria a intervenção penal fundamentada pelo princípio da precaução. No entanto, a previsibilidade subjetiva do resultado acaba por afastar a responsabilidade penal a título de culpa. Com efeito, fica evidente que a previsibilidade subjetiva é incompatível com o princípio da precaução.

Diante deste cenário, o caminho escolhido pela Corte de Cassação italiana foi abandonar a previsibilidade subjetiva enquanto previsibilidade de um evento específico e aceitar, para caracterizar o delito culposos, a previsibilidade subjetiva de um evento genérico. Desse modo, segundo a Corte italiana, a previsibilidade subjetiva do resultado estaria em consonância com preceitos de política criminal, onde o Direito Penal é chamado para, cada vez mais, gerenciar os riscos e atender ao princípio da precaução.

---

Universidad de Jaén (España). Disponível em: (VALBONSE, Cecilia. *Scienza e rischio fra prevedibilità dell'evento e predittività della decisione giudiziaria*. Revista de Estudios Jurídicos nº 20/2020 (Segunda Época) ISSN-e 2340-5066. Universidad de Jaén (España). Disponível em: [jnrobes,+16.+Cecilia+VALBONESI+-+Scienza+e+rischio+REV\\_\(2\).pdf](#). Acessado em 08-06-2024.

<sup>402</sup> Destaca-se que para aqueles que adotam a posição individualizadora a questão da previsibilidade subjetiva do resultado pode ser tratada no tipo penal, conforme a estrutura do tipo adotada.

Constatada a inadequação da previsibilidade subjetiva do resultado, o que se defende na presente tese é abandonar o referido conceito, e não simplesmente tentar alterar seu conteúdo, como fez a Corte de Cassação nos casos citados.

Defende-se que, considerando o princípio da precaução, a previsibilidade subjetiva deve ser substituída pela possibilidade de conhecer os riscos.

### **3.3.1.2 A cognoscibilidade da situação de risco**

No tipo culposo, como já analisado no item 2.2.2 desta tese, existe a criação de um risco não permitido ao objeto da tutela penal. Na aferição da culpabilidade é necessário indagar se o agente tinha a possibilidade de conhecer a situação de risco. Nesse sentido, o primeiro elemento para a avaliação da possibilidade de conhecer o dever de cuidado é a cognoscibilidade da situação de risco.

Admitir a cognoscibilidade do risco enquanto elemento da culpabilidade está em harmonia com a noção de uma sociedade de riscos que foi explicada por Ulrich Beck. Segundo o autor “na modernidade tardia a produção de riquezas é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos.”<sup>403</sup> Nesse sentido, o aumento das situações de risco decorrentes da industrialização e do desenvolvimento da tecnologia são inevitáveis.

Neste contexto de uma sociedade de riscos, cabe ao Estado gerir as situações de risco. Uma das formas de o Estado gerir as situações de risco é justamente por meio da criação de delitos culposos, onde a falta de cautela diante de uma situação de risco pode sujeitar o agente à responsabilização criminal.<sup>404</sup>

---

<sup>403</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. Editora 34. São Paulo, 2010. P. 23.

<sup>404</sup> Sobre o assunto, afirma Giunta que “*l’ordierna società del rischio reclama la partecipazione del diritto penale alla disciplina delle attività pericolose*” (GIUNTA, Fausto. *Maxima culpa*. In: *La giustizia penale*. Novembre de 2016. Fascicolo XI)

É possível perceber a seguinte dinâmica: diante de uma situação de risco todos os envolvidos devem observar as regras de cautela. Assim, o dever de cautela surge a partir da existência de uma situação de risco.<sup>405</sup>

Ora, se o dever de cautela surge a partir da existência de uma situação de risco, é indispensável que o agente possa ter a possibilidade, segundo suas condições pessoais, de conhecer a situação de risco. De outro modo, a culpabilidade não atenderia às suas funções (subjetivação da responsabilidade penal e limitar o poder punitivo do Estado através da finalidade preventiva da pena).

Considerando que a cognoscibilidade da situação de risco é um elemento para a avaliação da culpabilidade no delito culposo, é importante, ainda que resumidamente em razão da complexidade do tema, caracterizar o risco e diferenciá-lo do conceito de perigo para ser possível delimitar com a maior precisão possível o objeto do conhecimento do agente.

É possível observar dentre os autores que tratam do assunto alguma confusão conceitual, o que, evidentemente, atrapalha o desenvolvimento do instituto. Palazzo, por exemplo, assevera que a cognoscibilidade do perigo é um elemento da culpabilidade.<sup>406</sup> No entanto, ao explicar a cognoscibilidade do perigo fica evidente que o autor se refere à clássica previsibilidade subjetiva do evento.<sup>407</sup> Já Grotto, embora fale em previsibilidade subjetiva, deixa evidente que previsibilidade subjetiva e cognoscibilidade do perigo são conceitos idênticos.<sup>408</sup>

No campo da sociologia Luhmann faz a distinção entre risco e perigo.<sup>409</sup> Parte o autor da premissa que tanto o risco quanto perigo estão no campo da incerteza de um dano futuro. Para o autor quando a eventualidade do dano existe

---

<sup>405</sup> Nesse sentido firma Giunta que “*L’obbligo di adottare la regola cautelare scatta in presenza di determinate situazioni, che fungono da indicatori di rischio. La loro riconoscibilità da parte del soggetto agente costituisce, per l’appunto, una fondamentale componente soggettiva del rimprovero a titolo colposo...*” (GIUNTA, Fausto. Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento. *Rivista Penale*. Disponível em: <https://discrimen.it/le-condizioni-di-doverosita-della-regola-cautelare-e-il-loro-riconoscimento>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022. p. 3)

<sup>406</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di...* p.463.

<sup>407</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di...* p.463.

<sup>408</sup> GROTTO, Marco. *Principio...* p. 370.

<sup>409</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. di G. Corsi. Editora Bruno Mondadori. Milano, 1998. P.31

em razão de uma decisão humana fala-se em risco. De outro modo, quando a eventualidade do dano existe em razão de fatores externos, fala-se em perigo.

Na seara jurídica a distinção entre risco e perigo também é objeto de estudos e divergências. Há, inclusive, autores como Chiara Perini que, no seu último trabalho sobre o tema, em diversas passagens deixa entender que não existe qualquer diferença entre risco e perigo.<sup>410</sup>

A posição que defende não existir diferença entre risco e perigo não deve ser aceita. Nesse sentido, risco e perigo não devem ser compreendidos como sinônimos. A distinção entre risco e perigo se faz necessária por uma questão de precisão e de rigor científico. Ademais, como será citado abaixo, no ordenamento jurídico brasileiro existem normas que fazem a distinção entre risco e perigo.

Em termos normativos o Código Penal Brasileiro, embora utilize as palavras perigo e risco, não faz distinção de conteúdo entre os dois conceitos. O que se observa é que o Código Penal brasileiro parece se valer das referidas expressões como portadoras do mesmo significado. Nesse sentido vale destacar os delitos de perigo previstos nos arts. 130 a 136, onde as expressões risco e perigo são utilizadas como portadoras do mesmo significado.

Todos os referidos artigos constituem, sabidamente, delitos de perigo. No entanto, no art. 132<sup>411</sup> a palavra utilizada é “perigo”, já no art. 133<sup>412</sup> a palavra utilizada é “risco”. Nesses dois dispositivos legais os vocábulos “perigo” e “risco” são utilizados para se referir à probabilidade de dano.

Acerca da distinção entre risco e perigo, o que existe em termos em normativos no Brasil, é a distinção feita pela Norma Regulamentadora 01 do Ministério do Trabalho, que, no Anexo I - Termos e definições da NR 01, traz as seguintes definições de risco e perigo:

---

<sup>410</sup> PERINI, Chiara. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Ed. Giuffrè. Milano, 2010. p. 42, 63 e 371.

<sup>411</sup> Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

<sup>412</sup> Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos.

Perigo ou fator de risco ocupacional / Perigo ou fonte de risco ocupacional: Fonte com o potencial de causar lesões ou agravos à saúde. Elemento que isoladamente ou em combinação com outros tem o potencial intrínseco de dar origem a lesões ou agravos à saúde.

Risco ocupacional: Combinação da probabilidade de ocorrer lesão ou agravo à saúde causados por um evento perigoso, exposição a agente nocivo ou exigência da atividade de trabalho e da severidade dessa lesão ou agravo à saúde.

A título de direito comparado, na legislação italiana a distinção entre risco e perigo é feita no Texto Único Sobre Segurança do Trabalho (Tusl) no artigo 2, alíneas 'r' e 's'. Vejamos a distinção adotada pela legislação italiana:

*“r) ‘pericolo’: proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni;*

*s) ‘rischio’: probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”.*<sup>413</sup>

A distinção entre risco e perigo prevista no Tusl diz respeito ao campo específico da segurança do trabalho. No entanto, a doutrina italiana admite que ele pode ser utilizado em outros campos do Direito como o Direito Ambiental, por exemplo.<sup>414</sup> Ocorre que o aludido texto legal, como destaca Brusco,<sup>415</sup> é muito pouco claro. Diante disso, mesmo havendo previsão legal, a doutrina italiana ainda diverge sobre o significado de risco e perigo.

Em termos quantitativos a diferença entre risco e perigo refere-se ao grau de antecipação da tutela penal e apresenta uma nítida diferença entre risco e perigo. Ao que parece a resolução normativa 01, já citada acima, adota uma diferença quantitativa entre risco e perigo. Com efeito, o risco consiste em etapa anterior ao perigo. Assim, em termos quantitativos é importante, primeiro, delimitar o perigo.

---

<sup>413</sup> Testo unico per la sicurezza sul lavoro. Il testo del D.Lgs. n. 81/2008 aggiornato al D.Lgs. 24 novembre 2023, n. 192. Disponível em: [Testo unico per la sicurezza sul lavoro \(altalex.com\)](https://www.altalex.com/documents/it/leggi/81-2008). Acesso em: 10 de novembro de 2023.

<sup>414</sup> Nesse sentido: BRUSCO, Carlo. Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”. *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche* 2012. Ed. ETS. Pisa, 2013. p. 384.

<sup>415</sup> : BRUSCO. Carlo. Rischio e pericolo...p. 384.

O conceito de perigo, que historicamente é conexo com o resultado natural,<sup>416</sup> é há muito tempo objeto de discussão no direito penal. Não obstante as divergências doutrinárias, é possível conceituar o perigo enquanto potencialidade de dano.<sup>417</sup> Ocorre que a potencialidade de dano pode ser compreendida como uma mera possibilidade, como sustenta Rocco,<sup>418</sup> ou como probabilidade de dano, ou seja, algo que “costuma acontecer”<sup>419</sup> com base na experiência humana.

Roxin<sup>420</sup> assevera, com razão, que o critério da probabilidade é insuficiente para caracterizar o perigo. Isto porque o juízo de probabilidade dependeria da experiência de vida do juiz e, por isso, não seria um critério objetivo.<sup>421</sup> Após afastar a probabilidade como forma de se aferir o perigo, Roxin destaca que se tem o perigo quando, segundo as leis causais conhecidas, a ação teria provocado a lesão ao objeto jurídico; entretanto, a lesão não teria se verificado devido à atuação de circunstâncias que não se podem controlar ou confiar.<sup>422</sup>

Diante do exposto, perigo consiste na probabilidade, baseada nas leis causais conhecidas, de ofensa ao bem jurídico. Já o risco é uma situação anterior ao perigo, é uma situação que pode desencadear um perigo de dano ao bem jurídico. Nesta ordem de ideias, Amália Orsini sintetiza bem a ideia de risco:

*“viceversa il rischio ‘viene a situarsi in una dimensione ulteriormente arretrata rispetto allo stesso verificarsi di un pericolo; non si esprime in una valutazione fondata sull’apprezzamento di una vicenda in atto: esso incarna, piuttosto, l’esigenza di fondo che determinate attività*

<sup>416</sup> Nesse sentido: DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Ed. Giuffrè. Milano, 2004, p. 108. No mesmo sentido: ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*. Ed. Giappichelli. Torino, 2015, p. 07. Estudo detalhado do conceito de risco foi elaborado na doutrina italiana por Chiara Perini, conferir: PERINI, Chiara. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Ed. Giuffrè. Milano, 2010.

<sup>417</sup> Na clássica e conhecida definição de Rocco, o dano é a materialização da ofensa, com a perda ou diminuição de um bem, ou o sacrifício, ou a restrição de um interesse (ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Trad. Jerónimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2001, p. 288)

<sup>418</sup> ROCCO, Arturo. *El objeto del delito*.... p.316.

<sup>419</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Nexo Causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 77. No mesmo sentido cf: Cf. LOPES, Jair Leonardo. *Em defesa de Arigó*. Belo Horizonte: 1965.

<sup>420</sup> ROXIN, Claus. *Derecho*... p. 405.

<sup>421</sup> ROXIN, Claus. *Derecho*... p. 405.

<sup>422</sup> ROXIN, Claus. *Derecho*... p. 406.

*debbano venire 'regolate' in via anticipata rispetto al possibile attivarsi di una serie causale verso l'evento".*<sup>423</sup>

Além da diferença quantitativa existem diferenças qualitativas, de modo que o risco não se limita a uma etapa anterior ao perigo. O fato de consistir em etapa anterior, e que por isso engloba o conceito de perigo, demanda algumas diferenças qualitativas no que se refere ao objeto e ao método de avaliação.

No que tange ao objeto, o risco não se limita a um único fator, como é avaliado no perigo, mas à interação dinâmica dos fatores presentes em uma dada situação.<sup>424</sup> Com efeito, não se fala em um fator de risco, mas, principalmente, em uma situação de risco, que é formada pela relação dinâmica de vários fatores.

No que se refere ao método, observa-se que a situação de risco é caracterizada pela incerteza quanto à ocorrência do dano. Assim, segundo as leis causais conhecidas, não é possível afirmar que a situação de risco vai evoluir para um dano. A situação de risco pode evoluir para o perigo, mas não é possível se valer das leis causais conhecidas para afirmar que a situação de risco vai-se evoluir até o dano. É justamente essa incerteza um ponto central da situação de risco.

Com efeito, o risco, enquanto conceito graduável, engloba o perigo, mas não se limita ao perigo. Com esta definição de risco enquanto objeto da cognoscibilidade do agente passa-se do paradigma tradicional da prevenção do perigo, que muitas vezes é impossível, para o paradigma da gestão do risco.<sup>425</sup> De modo que, uma vez sendo possível ao agente conhecer o risco, é necessário que ele tome a cautela necessária para a gestão do risco em termos socialmente toleráveis.

---

<sup>423</sup> Tradução livre: Por outro lado, o risco "situa-se numa dimensão mais atrasada em relação à ocorrência de um perigo; ela não se expressa em uma avaliação baseada na apreciação de um evento em andamento: ela incorpora, ao contrário, a necessidade básica de que certas atividades devem ser "reguladas" antes da possível ativação de uma série causal em relação ao evento" (ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*. Ed. Giappichelli. Torino, 2015, p. 8)

<sup>424</sup> ORSINA, Amalia. *Rischio...* p. 8

<sup>425</sup> Cecília Valbonesi chega a sustentar que em certa medida na responsabilidade culposa tudo é risco (VALBONESI, Cecília. *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa*. Ed. Firenze University Press. Florença, 2014. p. 39)

Diante do exposto, o primeiro elemento para avaliar a cognoscibilidade do dever de cuidado é a possibilidade de o agente saber que está diante de uma situação que pode contribuir com a ofensa ao objeto da tutela penal.

Importa destacar que a avaliação da cognoscibilidade do risco deve ser feita com base nos conhecimentos disponíveis na época em que o agente realizou a conduta sem observar cautela necessária. Este alerta é importante nos casos em que o resultado proibido ocorre bastante tempo depois da conduta descuidada. Importante, para ilustrar, voltar ao caso da exposição ao amianto.

Sabe-se hoje que o pó de amianto causa as seguintes doenças: asbestose,<sup>426</sup> mesotelioma<sup>427</sup> e câncer de pulmão. Essas doenças se manifestam vários anos após o contato com a poeira de amianto. A asbestose se manifesta em média 15 anos após o contato com o amianto, o câncer de pulmão entre 20 e 30 anos e o mesotelioma entre 35 e 40 anos.<sup>428</sup>

A partir da segunda metade da década de 30 a relação entre a poeira do amianto e a asbestose já era afirmada de maneira inequívoca.<sup>429</sup> Já a relação do amianto com o mesotelioma e o câncer de pulmão tornou-se inequívoca a partir de 1964 com o advento do *I Congress on biological effects* que ocorreu na *New York Academy of Sciences*.<sup>430</sup>

Assim, é possível imaginar o seguinte exemplo. Um empregador expõe um trabalhador ao pó do amianto até a metade da década de 30. Ocorre que 40 anos depois o trabalhador foi vitimado por um mesotelioma e faleceu. Nesse caso, o empregador não tinha a cognoscibilidade da situação de risco. A situação seria diferente se o trabalhador fosse exposto ao amianto após a segunda metade da década de 30, pois, nesse caso, embora o empregador não tivesse a

---

<sup>426</sup> A asbestose é a formação de tecido cicatricial generalizada no pulmão causada pela inalação de poeiras do asbesto que é amianto. A asbestose provoca falta de ar e redução da capacidade para exercícios. ( “Amianto. Instituto Nacional do Cancer. Publicado em 23/05/2022 14h23 Atualizado em 03/07/2023 17h32 Disponível em: [Amianto — Instituto Nacional de Câncer - INCA \(www.gov.br\)](http://www.gov.br). Acessado em 20/01/2024.)

<sup>427</sup> O mesotelioma é um câncer da membrana fina e transparente, composta por duas camadas, que cobre e reveste o interior da parede torácica e abdômen.

<sup>428</sup> Neste sentido: ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza...* p. 30.

<sup>429</sup> ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza...* p. 31.

<sup>430</sup> ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza...* p. 31.

cognoscibilidade em relação ao mesotelioma, era sabido que o pó de amianto é nocivo à saúde.

A cognoscibilidade da situação de risco deve ser avaliada, certamente, de acordo com as condições pessoais do agente no momento em que ele efetuou a conduta descuidada.

Para proceder à avaliação da cognoscibilidade da situação de risco é necessário estabelecer parâmetros para que a culpabilidade possa, de fato, constituir em limite ao poder punitivo do Estado. Para a avaliação da cognoscibilidade da situação de risco é fundamental avaliar se, no caso concreto, existiam os sinais de alarme e se o agente, considerando suas condições pessoais, teve acesso aos sinais de alarme.

### **3.3.1.3 Sinais de alarme**

O primeiro parâmetro para avaliar se o agente poderia conhecer a situação de risco é se existiam, antes ou durante a conduta descuidada, os chamados sinais de alarme. Uma vez constatada a existência dos sinais de alarme é necessário avaliar se o agente teve acesso aos aludidos sinais. Só assim é possível caracterizar a cognoscibilidade da situação de risco.

Uma situação de risco pode se revelar mediante alguns sinais. E é justamente a existência destes sinais, denominados de sinais de alarme, o primeiro parâmetro para averiguar a cognoscibilidade do risco.

Fausto Giunta,<sup>431</sup> em estudo sobre o assunto, classifica os sinais de alarme em expressos, implícitos e silentes.

Os sinais de alarme expressos, que Giunta<sup>432</sup> destaca, com razão, que devem ser a regra, são aqueles que podem ser percebidos sensorialmente por um observador. Para ilustrar, vale mencionar um exemplo citado por Giunta.<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup>GIUNTA, Fausto. *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento. Rivista Penale*. Disponível em: <https://discrimen.it/le-condizioni-di-doverosita-della-regola-cautelare-e-il-loro-riconoscimento>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

<sup>432</sup> GIUNTA, Fausto. *Le condizioni...* p. 4.

<sup>433</sup> GIUNTA, Fausto. *Le condizioni...* p. 4.

determinada casa é cercada por um muro de tijolos. Em determinado momento o muro apresenta rachaduras em sua estrutura. As rachaduras no muro representam um sinal de alerta referente à possibilidade de o muro desabar e, eventualmente, atingir um pedestre.

A existência da rachadura no muro, enquanto sinal de alarme, revela a possibilidade de o agente conhecer a situação de perigo naquele referido contexto.

Um outro exemplo: após o horário escolar um ônibus que efetua o transporte de crianças, depois de ligar a seta, encosta junto ao meio fio. Referido ônibus estacionado consiste em sinal de alarme de que uma criança pode atravessar a rua na frente do ônibus.

Ainda sobre os sinais de alarme expressos, importa destacar que, em alguns casos, eles são estabelecidos pela mesma fonte normativa que determina a regra de cautela. Para este caso, pode-se citar o exemplo de um sinal vermelho em determinado cruzamento.

Nos casos de risco expresso, como os casos acima, o sinal de alarme também é expresso. Todavia, em algumas situações, o risco é implícito, de modo que os sinais de alarme serão também implícitos.

Em alguns casos existe um sinal de alarme expresso que é revelador de um determinado risco. Ocorre que este risco expresso pode ser conexo com o risco mais grave. Assim o risco inicial é revelador de um outro risco, mais grave, que é um risco implícito ao primeiro risco. Neste caso é necessário realizar uma investigação a partir de um determinado risco para avaliar se existe um risco mais grave.

Os sinais implícitos são importantes, por exemplo, na medicina diagnóstica. Com efeito, é relativamente comum a existência de um paciente que apresente um sinal de alarme que represente uma determinada doença (risco expresso) mas este sinal de alarme pode representar também, segundo a *lex artis*, uma outra doença (risco implícito) ainda mais grave.

Nestes casos da medicina diagnóstica, a pesquisa do risco mais grave é, normalmente, invasiva e financeiramente mais cara. Neste contexto, os exames

mais simples devem ser seguidos daqueles mais complexos, seguindo os protocolos estabelecidos pela melhor ciência.

Fautso Giunta<sup>434</sup> sustenta, com razão, que as hipóteses de sinais implícitos são limitadas ao âmbito profissional. O risco implícito não é revelado pela percepção naturalística de um sinal de alarme expresso, e sim através de uma análise conjectural e baseada em um *check list* baseado na *lex artis*, o que, certamente, limita os sinais de alarme implícitos ao âmbito de determinadas profissões.

Por fim, existem os sinais de alarme silentes. A situação de risco pode ser silenciosa, com efeito os sinais de alarme serão também silenciosos, ou seja, não são perceptíveis sensorialmente.

Nos casos de risco silente deve ocorrer uma antecipação da situação de risco deduzido de um contexto situacional e baseado em dados estatísticos. Não se trata, como destaca Giunta,<sup>435</sup> na antecipação de diagnóstico de pessoa hipocondríaca que sem qualquer base estatística requer a realização de exames sofisticados. Nem se trata da averiguação de riscos de uma pessoa que sem qualquer base estatística contrata uma empresa para procurar cápsulas radioativas em seu terreno. É necessário, repita-se, que a antecipação do risco tenha uma base estatística.

Mais uma vez o exemplo é extraído da obra de Giunta<sup>436</sup> sobre o assunto: uma pessoa com mais de 45 anos, que consome grandes quantidades de proteína animal e tem histórico de pessoas com câncer de cólon em sua família. Neste caso, baseado em dados estatísticos, um profissional habilitado, tem a possibilidade de conhecer a situação de risco, não obstante a ausência de qualquer sinal de alarme perceptível sensorialmente.

A ausência de qualquer sinal de alarme expresso, implícito ou silente, impede o agente de poder conhecer a situação de risco. E ausente a cognoscibilidade do risco está afastada a responsabilidade a título de culpa. Ora, não é possível e atentaria contra as funções de subjetivação e limitação através

---

<sup>434</sup> GIUNTA, Fausto. *Le condizione...* p. 6.

<sup>435</sup> GIUNTA, Fausto. *Le condizione ...* p. 8.

<sup>436</sup> GIUNTA, Fausto. *Le condizione ...* p. 8

das necessidades preventivas da pena exigir que o agente conhecesse uma situação de risco que, embora possa de fato existir, não se revelou através de sinais de alarme.

Ocorre que não basta a existência de um sinal de alarme para caracterizar a cognoscibilidade do risco. Fundar a cognoscibilidade do risco somente na existência dos sinais de alerta significa negar a função de subjetivação da culpabilidade. Desse modo, é necessário avaliar se o agente teve contato com os sinais de alerta. Caso o agente não tenha tido qualquer contato com os sinais de alarme também está afastada a cognoscibilidade do risco.

Importa destacar que a existência dos sinais de alarme certamente independe das condições pessoais do agente, pois são características referentes à situação de risco. Já a avaliação se o agente teve contato com os sinais de alarme deve ser feita levando em consideração as condições pessoais do agente.

Para ilustrar é possível utilizar, novamente, o exemplo do muro, já citado acima. As rachaduras no muro caracterizam o sinal de alarme referente à determinada situação de risco. Caso as rachaduras tenham surgido durante um período chuvoso em que o dono da casa estava de férias na praia é de se concluir que o agente não teve contato com o sinal de alarme e por isso lhe falta a cognoscibilidade do risco. O mesmo ocorreria, por exemplo, se o agente tivesse alguma deficiência de visão que lhe impedisse de enxergar as rachaduras.

Por fim, vale destacar um julgado pela Corte de Cassação italiana que diz respeito à medicina diagnóstica e aos sinais de alarme implícitos. O caso é o seguinte: um menino foi levado ao hospital com os seguintes sintomas: forte diarreia e perda de peso. O médico pediatra que atendeu a criança não percebeu a situação de risco para uma desidratação. A criança sofreu de desidratação, o que lhe ocasionou lesões permanentes.

No julgamento do caso, a Corte de Cassação<sup>437</sup> condenou o pediatra e asseverou que por se tratar de um médico especializado e ter um nível de

---

<sup>437</sup> Conferir: Cass, Sez IV, 23 giugno 2004, n 401883. Apud. GIUNTA, Fausto. *Le condizionale...* p. 6

preparação superior ele tinha condições de reconhecer a situação de perigo. Importa destacar que a decisão deixa implícito que se fosse um médico não especializado a situação poderia ser diferente.

Com efeito, o reconhecimento da cognoscibilidade do risco depende da existência de um sinal de alarme e de o agente ter contato com o referido sinal. Caso não exista sinal de alarme ou caso o agente não tenha contato com o sinal de alarme estará excluída a culpabilidade.

### **3.3.2 Possibilidade de conhecer a regra de cuidado**

Além da possibilidade de conhecer a situação de risco, a avaliação da possibilidade de conhecer o dever de cuidado ainda depende de o agente poder conhecer a regra de cuidado que era exigida para gerir a situação de risco. Juarez Tavares assevera que:

A exigência de que o agente se encontre em condições de reconhecer o cuidado objetivo que lhe era exigível nas circunstâncias e, assim, evitar a realização do tipo, representa necessidade de materializar o juízo de culpabilidade em atenção à espécie de injusto que lhe serve de pressuposto.<sup>438</sup>

Importa destacar que a cognoscibilidade da regra de cuidado a ser avaliada é diferente da avaliação feita na imputabilidade, embora as duas avaliações tenham de ser feitas com fundamento nas condições pessoais do agente.

Na imputabilidade é avaliado se o agente, de acordo com suas condições biopsicológicas, pode conhecer a regra de cuidado. Já aqui a avaliação é feita com fundamento em outras condições pessoais (capacidade intelectual, profissão, atividade desenvolvida e outras).

---

<sup>438</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria...* p. 475. Destaca-se que o aludido autor se vale da expressão cuidado objetivo como portadora do mesmo significado de regra de cuidado, expressão preferida nesta tese.

Assim, na culpabilidade deve ser avaliado se o agente, considerando suas condições pessoais, pode conhecer a regra de cuidado. Na avaliação da tipicidade da conduta a regra de cuidado, definida objetivamente, é utilizada para balizar a imputação objetiva que, como já analisado no item 1.2.2 desta tese, substitui com maior precisão os requisitos aceitos pela doutrina majoritária para a caracterização da tipicidade culposa.

Na imputação objetiva do resultado a regra de cuidado é estabelecida por meio de algum instrumento normativo, no caso da culpa específica, ou através do critério da melhor ciência e experiência, no caso da culpa genérica. Já na culpabilidade, o que se avalia é se o agente, considerando suas condições pessoais, tinha a possibilidade de conhecer a regra de cuidado já definida na análise da tipicidade da conduta.

Para ilustrar vale destacar um exemplo de um médico generalista que trabalha em uma pequena cidade do interior. Procurado por um paciente ele utiliza a técnica que ele dominava, mas que não foi suficiente para salvar a vida do paciente. Constata-se, posteriormente, que um médico especialista, se valendo de uma técnica mais apurada seria o mais adequado para o caso.

Neste caso, a conduta é típica, considerando a imputação objetiva do resultado e se valendo do parâmetro da melhor ciência e experiência. Já na culpabilidade o que se deve avaliar é se o médico, diante de suas condições pessoais, e naquele caso concreto estava em condições de conhecer a regra de cuidado conhecida pelo médico especialista.

Assim, o que deve ser avaliado na culpabilidade é se o agente poderia conhecer a regra de cuidado. O agente conhecer de fato ou não a regra de cuidado é irrelevante para a avaliação da culpabilidade, o que importa, repita-se é se ele poderia, de acordo com suas condições pessoais, conhecer a regra de cuidado exigida. O efetivo conhecimento ou não da regra de cuidado descumprida deve ser avaliado na fixação da pena para caracterizar o maior ou menor juízo de reprovação no tange à culpabilidade enquanto circunstância judicial para a fixação da pena base.

Certamente a avaliação da possibilidade de conhecer a regra de cuidado é feita pelo magistrado no momento da sentença. No entanto, a avaliação acerca

da cognoscibilidade do agente deve ter por objeto a regra de cuidado vigente no momento da conduta (ação ou omissão) descuidada. Esse tema é importante, sobretudo, quando existe um lapso temporal importante entre a conduta e o resultado proibido e entre esse e o julgamento do caso.

Pode ocorrer que, no momento da conduta, existia uma norma de cuidado que era exigida no caso e, na data do julgamento, exista outra norma de cuidado. Esta situação pode ocorrer tanto na culpa específica quanto na culpa genérica e é possível identificar três situações diferentes:

1) No momento da conduta existia uma regra de cuidado. Todavia, no momento do julgamento não existe mais nenhuma regra de cuidado para aquele caso.

2) No momento da conduta não existia regra de cuidado específica, porém, no momento do julgamento, existia uma regra de cuidado específica.

3) No momento da conduta existia uma regra de cuidado e no momento da sentença existia outra regra de regra de cuidado.

Importa destacar que as hipóteses tratadas acima dizem respeito, principalmente, à sucessão da regra de cuidado no tempo, tema que tem como sede o tipo penal. Desse modo, pode-se advogar que a sucessão de regras de cuidado no tempo está sujeita às regras estabelecidas pelo princípio da legalidade. Em sentido contrário, há quem sustente que as regras de cuidado não se submetem ao princípio da legalidade.

Ocorre que independentemente da posição adotada em relação à aplicação ou não do princípio da legalidade, caso seja feita a análise da culpabilidade, a avaliação da cognoscibilidade da regra de cuidado dever ser feita sempre tendo em consideração a regra de cuidado exigida no momento da conduta.

Das três situações mencionadas acima a segunda merece um breve esclarecimento no que tange à avaliação da cognoscibilidade da regra de cuidado.

No momento da conduta não existia regra de cuidado específica, todavia no momento do julgamento existia uma regra de cuidado específica. Neste

cenário a inexistência de regra de cuidado específica no momento da conduta não significa a inexistência de regra de cuidado. Pode existir, no momento da conduta, uma regra de cuidado geral. Neste caso, o parâmetro para a avaliação da cognoscibilidade da regra de cuidado, é a regra de cuidado geral existente no momento da conduta.

### **3.3.2.1 Critério para a avaliação da possibilidade de conhecer a regra de cuidado: *Homo eiusdem professionis et condicionis***

A possibilidade de o agente conhecer a regra de cautela deve ser avaliada conforme as condições pessoais do agente no momento da conduta (ação ou omissão). Entretanto, a fim de garantir alguma sistematicidade e segurança jurídica, é necessário determinar um método para a avaliação.

No âmbito da tipicidade diversos autores que adotam a posição generalizadora se valem do *Homo eiusdem professionis et condicionis* para a criação de um agente modelo a fim de determinar a regra de cautela. Ocorre que, como já explicado no item 1.3.2 desta tese, a utilização do *Homo eiusdem professionis et condicionis* significa, na realidade, utilizar de maneira velada as condições pessoais do agente para a determinação da regra de cuidado no âmbito da tipicidade culposa. Diante disso, alguns autores utilizam do *Homo eiusdem professionis et condicionis* na avaliação da culpabilidade.

Dentre os autores que utilizam o *Homo eiusdem professionis et condicionis* para a avaliação da culpabilidade existem duas opções metodológicas diferentes.

A primeira posição é encontrada, sobretudo, na doutrina mais tradicional na Itália. Essa posição defende que dolo e culpa são elementos da culpabilidade. Nesse contexto é que autores como Marinucci e Dolcini se valem do *Homo eiusdem professionis et condicionis* para determinar a regra de cautela no delito culposos no âmbito da culpabilidade. Não é essa a opção metodológica adotada nesta tese, isso porque, conforme já asseverado nesta tese, dolo e culpa são elementos do tipo penal.

Outra posição é defendida por Grotto.<sup>439</sup> Para o referido autor dolo e culpa são elementos do tipo penal, e o *Homo eiusdem professionis et condicionis* é utilizado para avaliar a culpabilidade, principalmente a exigibilidade de outra conduta. Considerando que a diferença entre dolo e culpa deve ser feita já no âmbito do tipo penal, é esta a opção metodológica adotada nesta tese.

Utilizar o conceito do *Homo eiusdem professionis et condicionis* implica na construção de um *standard* que seja o mais próximo possível do agente concreto que realizou a conduta descuidada. Em um primeiro momento deve-se separar as características do agente que podem influenciar na capacidade de ele conhecer a regra de cuidado no caso concreto.

A primeira característica que deve ser separada é a idade do agente. Por certo a idade do agente na época em que deveria ter observado o dever de cuidado pode interferir na cognoscibilidade da regra de cuidado. Sobretudo quando o agente é muito jovem ou tem uma idade já bem avançada.

Para ilustrar vale destacar um exemplo formulado por Basile:<sup>440</sup> Um senhor idoso dirige seu carro perto de uma escola quando um aluno, subitamente, com o intuito de passar para o outro lado da rua, entra na frente do carro. Nesse caso, em razão da idade o tempo de reação do agente é, certamente, maior se comparado a uma pessoa mais jovem.

Outro ponto a ser analisado para a avaliação da cognoscibilidade do dever de cuidado é a profissão desempenhada pelo agente. Nesse sentido, o agente pode ser um médico, engenheiro, dentista etc. E dentro da profissão do agente é, ainda, indispensável avaliar o grau de especialização do agente. Com efeito, o agente pode ser médico generalista ou um médico especialista, por exemplo.

Separada a profissão do agente é necessário avaliar se a violação da regra de cuidado estava diretamente ligada à profissão. Se se tratar de um erro médico, por exemplo, é necessário avaliar se o grau de especialização do agente lhe permitiria conhecer a regra de cuidado exigida naquele caso.

---

<sup>439</sup> GROTTTO, Marco. *Princípio ...* p. 391-400.

<sup>440</sup> BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo...* p. 16.

Caso a regra de cuidado violada não esteja relacionada com a profissão do agente, resta avaliar se a formação profissional do agente permitiria, por exemplo, afastar eventual *déficit* cultural/intelectual.

Por fim, no que tange à profissão desempenhada pelo agente, vale destacar que ela vai, ainda, ser útil, para avaliar se ele tinha ou não o dever de se informar sobre a regra de cuidado. Assim como o *déficit* cultural/intelectual, o dever de informação será analisado em tópico específico desta tese.

Ainda para avaliar a cognoscibilidade da regra de cuidado é importante separar a atividade desempenhada pelo agente. Essa atividade, por ser uma atividade não profissional, deve ser entendida como um *hobby*. Por exemplo: um piloto amador que nos finais de semana participa de corridas amadoras em circuitos fechados. Essa atividade pode ser relevante para avaliar a cognoscibilidade da regra de cuidado em um acidente de trânsito.

É necessário, ainda, separar algumas questões físicas do agente que pode afetar na cognoscibilidade do dever de cuidado, como, por exemplo, seu estado de saúde ou condição física. Em determinadas situações um estado de saúde que aflige o agente ou sua condição física pode influenciar na sua capacidade de conhecer a regra de cuidado.

Por fim, é necessário avaliar se o agente era portador de algum *déficit* cultural/intelectual que pudesse afetar a cognoscibilidade da regra de cuidado. Devido às peculiaridades da questão, o *déficit* cultural/intelectual será tratado, no tópico abaixo.

Uma vez separadas as principais características do agente, é necessário questionar acerca do estado mental do agente em relação às regras de cuidado. Nesse sentido é necessário perguntar se um agente portador das mesmas condições pessoais do agente concreto teria a possibilidade de seguir a regra de cuidado exigida para aquela condição específica. Se a resposta for sim, significa que o agente tem a possibilidade de conhecer a regra de cuidado; se a resposta for não, ele não tem a possibilidade de conhecer a regra de cuidado, logo, será afastada a culpabilidade.

### 3.3.2.2 Déficit cultural/intelectual

Acerca da cognoscibilidade do dever de cautela, ou seja, a possibilidade de o agente, no caso concreto, conhecer e observar o dever de cautela, questão importante e que deve ser objeto de reflexão diz respeito ao *déficit* cultural/intelectual do agente. A questão deve ser posta da seguinte maneira: o *déficit* cultural/intelectual do agente deve ser considerado na avaliação da responsabilidade penal nos delitos culposos?

Os manuais brasileiros não se aprofundam sobre o tema. Na doutrina italiana existem três posições sobre o assunto, que serão expostas a seguir.

A primeira posição encontrada na doutrina peninsular é negar completamente relevância ao *déficit* cultural/intelectual do agente na análise do delito culposo. Nesse sentido, afirmam Marinucci e Dolcini que o *déficit* intelectual, cultural e de experiência do agente, assim como suas qualidades morais (indiferença, superficialidade ...) são irrelevantes para a análise da culpa.<sup>441</sup>

Destaca-se que os referidos autores colocam no mesmo contexto o *déficit* cultural/intelectual/de experiência e as qualidades morais do agente. Todavia, são questões diferentes. No que tange ao *déficit* cultural/intelectual/de experiência do agente existe controvérsia quanto a sua utilização. Já no que diz respeito à esfera psico-caracteriológica e emotiva<sup>442</sup> do agente a doutrina pesquisada é unânime<sup>443</sup> em afirmar sua irrelevância na análise da culpabilidade.

Assim, o fato do agente ser uma pessoa completamente desleixada não pode ser utilizado para justificar o erro sobre a regra de cuidado, por exemplo.

A segunda posição sustenta que o *déficit* cultural/intelectual tem relevância e deve ser analisado na estrutura do crime culposo. Nesse sentido afirma Padovani<sup>444</sup> que “*da questo punto de vista, è allora necessario adeguare*

---

<sup>441</sup> MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emílio. *Manuale...* p. 269.

<sup>442</sup> Expressão utilizada por Basile (BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo...* p. 18)

<sup>443</sup> Nesse sentido: BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo...* p. 18. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emílio. *Manuale...* p. 269. MANTOVANI, FERRANDO. *Diritto penale...* p. 338, dentre outros.

<sup>444</sup> PADOVANI, Tulio. *Diritto...* p. 216. No mesmo sentido: FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Direitto penale...* p. 562.

*la misura soggettiva della colpa alle note intellettuali, alle abilità operative e allo stato fisico del singolo agente”.*

Roxin<sup>445</sup> cita o exemplo do aluno de autoescola que, devido à sua falta de experiência, não podia evitar a realização do tipo penal. Neste caso a conduta do aluno não é culpável, não obstante seja possível punir o instrutor da autoescola. O exemplo de Roxin ilustra bem como o *déficit* de experiência individual pode afetar a culpabilidade.

A terceira posição, que consiste em uma posição intermediária, é defendida por Fábio Basile.<sup>446</sup> Sustenta o referido autor que o *déficit* cultural/intelectual somente vai ter relevância se for compartilhado por um determinado grupo social.

Para ilustrar sua posição, Basile se vale de um exemplo extraído de Mannheim: No final dos anos 1800, na Alemanha, uma mulher casada com um pastor de ovelhas, acreditando em uma superstição local profundamente arraigada no ambiente em que vivia, colocou seu filho pequeno em um forno acreditando que ele seria curado da escrofulose. A criança morreu asfixiada.

Diante do exemplo acima, Basile explica que o *déficit* cultural/intelectual da mulher somente tem relevância para excluir a responsabilidade culposa porque é compartilhada pelo grupo social em que vivia, na medida em que a superstição, citada no exemplo, era comum na sociedade rural em que vivia. De outro modo, se a superstição fosse exclusiva da mulher, ou de poucas pessoas, o *déficit* cultural/intelectual não seria relevante para excluir a responsabilidade culposa.

A posição que sustenta que o *déficit* cultural/intelectual/de experiência não tem relevância, deve, de plano, ser afastada.

Ao se negar a relevância ao *déficit* cultural, intelectual e de experiência do agente sobrariam poucas condições pessoais do agente para se avaliar no que tange à cognoscibilidade da regra de cuidado. Basicamente restariam a idade, a profissão e a atividade desempenhada pelo agente. Diante disso a função de subjetivação da culpabilidade estaria seriamente comprometida, pois

---

<sup>445</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p 1037

<sup>446</sup> BASILE, Fabio. *Fisionomia e ruolo...* p. 19.

restringir-se-ia à análise de características que, embora individuais, são objetivas.

Ademais, sustentar a irrelevância do *déficit* cultural/intelectual/de experiência não condiz com a função de limitação da culpabilidade por meio das funções preventivas da pena. Ora, a análise do *déficit* cultural/intelectual/de experiência consiste em um dos principais pontos para avaliar a necessidade da pena segundo as finalidades preventivas.

Defende-se, então, que o *déficit* cultural/intelectual/de experiência dever ser levado em conta no momento de se avaliar se o agente poderia conhecer a regra de cuidado.

No que tange à posição intermediária, defendida por Basile, é importante tecer algumas considerações. A análise do *déficit* cultural/intelectual/de experiência, para fins de análise acerca da cognoscibilidade da regra de cuidado, independe se o *déficit* era compartilhado ou não por determinado círculo social ou grupo de pessoas. Um *déficit* cultural de uma pessoa, ainda que não seja um *déficit* compartilhado por um grupo de pessoas, faz com que aquela pessoa concreta, diante de suas condições pessoais, não possa conhecer a regra de cuidado. Ademais, a cognoscibilidade da regra de cuidado é uma análise individualizada, e não uma análise atinente a um determinado círculo social.

Todavia, o *déficit* cultural/intelectual/de experiência pertencer ou não a determinado círculo social, embora seja irrelevante para determinar a cognoscibilidade da regra de regra de cuidado, desempenha papel relevante na análise do erro de proibição nos delitos culposos. Como será explicado abaixo, o fato de o *déficit* cultural/intelectual/de experiência pertencer a um determinado círculo social ou não, será importante para avaliar se o erro quanto à norma de cuidado foi inescusável ou escusável.

### **3.3.3 Do dever de informação**

Como já delimitado acima, a culpabilidade no delito culposos depende de o agente poder conhecer a situação de risco e a regra de cuidado. Logo, quando o agente não pode conhecer a regra de cuidado está excluída a culpabilidade. Nesse contexto é importante analisar se o agente tem o dever de se informar

sobre o dever de cuidado, isto é, se ele tem o dever de se informar sobre a situação de risco e sobre a regra de cuidado.

Importa destacar, inicialmente, que a expressão “dever de informação” tem dois significados: 1) o dever de se informar sobre a existência de uma situação de risco e sobre as regras de cautela, e 2) o dever de informar terceiros sobre a existência de uma situação de risco e as regras de cautela. O objeto do presente tópico consiste no dever de se informar sobre o dever de cuidado, situação de risco e regra de cuidado.

O dever de informar terceiros sobre a existência de uma situação de risco e/ou sobre a regra de cuidado não diz respeito à cognoscibilidade do dever de cuidado. Isso porque o agente tem ciência da existência da situação de risco e da regra de cuidado a ser observada, porém ele não informa terceiros sobre a situação de risco ou sobre a regra de cautela. Nesses casos o que se deve avaliar no âmbito da tipicidade é se ele tem dever de informar terceiros. A existência do dever de informar terceiros acerca da situação de risco e/ou regra de cuidado é utilizado para avaliar a criação de um risco não permitido.

Sobre o assunto vale destacar o ocorrido quando do terremoto na cidade italiana de Áquila<sup>447</sup>. Após o terremoto um funcionário público foi condenado por delito culposo por não ter informado a população sobre a situação de risco. Verifica-se que, neste caso, o dever de informação consiste na regra de cautela a ser observada.

Após os esclarecimentos acima, importa destacar, que, o que se investiga neste tópico é se o agente tem o dever de se informar sobre uma situação de risco ou sobre as regras de cuidado.

Tema importante e relacionado ao dever de informação é a denominada culpa por assunção.<sup>448</sup>

---

<sup>447</sup> Sobre o assunto conferir: GALLUCCIO, Alessandra. Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. *Diritto Penale Contemporaneo*. 1/2014. Disponível em: [DPC\\_Trim\\_01\\_2014-195-219.pdf \(criminaljusticenetwork.eu\)](https://www.criminaljusticenetwork.eu/DPC_Trim_01_2014-195-219.pdf). Acessado em : 20/10/2023.

<sup>448</sup> Sobre o assunto conferir, dentre outros: PISANI, Nicola. *La colpa per assunzione nel Diritto Penale del lavoro*. Editore Jovene. Napoli, 2012. MEZZETTI, Enrico. *Colpa per assunzione*. In Sergio Vinciguerra e Francesco Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini* (p. 513-536). Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2010. Roxin destaca que o tema da culpa por

A culpa por assunção implica em duas situações: 1) a presunção que o agente conhece a situação de risco e 2) quando o agente realiza determinada conduta sem ter a qualificação para tal conduta, a falta de cuidado consiste na aceitação em realizar a conduta. Nestas duas situações não se analisa qualquer condição pessoal do agente.

Na primeira situação a culpa por assunção nada mais é que uma aplicação dogmática do dever de informação. Em alguns casos o agente aceita desempenhar determinado papel (médico, empregador, engenheiro etc.) e por isso, considera-se que o agente tem o dever de se informar sobre os riscos e, tendo o dever de se informar sobre os riscos, ele tem o dever de se informar sobre as regras de cautela necessárias e de atuar conforme a cautela necessária.

Na culpa por assunção o agente, por aceitar desempenhar determinado papel, tem o dever de informação e este dever de informação faz com que, no caso concreto, o agente não possa alegar que, em razão de condições pessoais, desconhecia a situação de risco ou desconhecia a regra de cuidado. Com efeito, pelo simples fato de aceitar desempenhar determinado papel, presume-se que o agente sabe dos riscos, independentemente de suas condições pessoais,<sup>449</sup> e conhece a regra de cuidado a ser observada.

Presumindo que o agente conhece a situação de risco e realizou a conduta, a falta de cuidado decorre simplesmente de ter o agente aceitado desempenhar a função sem ter a qualificação necessária.<sup>450</sup> Destaca-se, com efeito, que a culpa por assunção consiste em uma presunção que visa afastar a análise das condições pessoais do agente no delito culposo, transformando a caracterização do delito culposo em uma análise meramente objetiva.

Em pesquisa feita em todos os tribunais brasileiros em segunda instância e no Superior Tribunal de Justiça não foi encontrada decisão que verse sobre o dever de informação e a culpa por assunção. Parece que a falta de discussão jurisprudencial acerca da culpa por assunção ocorre em razão do caráter

---

assunção ou por empreendimento consiste em tempo pouco investigado (ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1038.

<sup>449</sup> Nesse sentido: PISANI, Nicola. *La colpa...* p. XV-XVI.

<sup>450</sup> Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1038.

predominantemente objetivo que a jurisprudência pátria confere ao delito culposo. Nesse contexto, não resta muito espaço para trabalhar a culpa por assunção que, na realidade, consiste em uma presunção para afastar a análise de aspectos subjetivos do agente quando a tipicidade está configurada.

Por outro lado, a culpa por assunção é tratada em diversas decisões nos tribunais italianos. Nesse sentido, a culpa médica consiste em terreno fértil para a adoção da culpa por assunção,<sup>451</sup> de modo que fica evidente a objetivação da reprovação culposa pela adoção da culpa por assunção.

Para ilustrar a posição da jurisprudência italiana, vale destacar uma decisão proferida pela Corte de Cassação italiana.<sup>452</sup> No caso concreto era julgado, por homicídio culposo, um médico residente. Segundo a denúncia o médico teria dado causa à morte pela administração intravenosa da droga “Isoptin”.

A Corte de Cassação decidiu que a responsabilidade a título de culpa deve ser feita em termos meramente objetivos, porque a condição de médico, ainda que residente, afasta qualquer análise de questões subjetivas concernentes à previsibilidade ou às suas competências.<sup>453</sup> Ao assumir o papel de médico residente não é permitido que ele sustente, por exemplo, o erro acerca da situação de risco.

No campo do Direito Penal do Trabalho a culpa por assunção também é utilizada pela jurisprudência peninsular. Nesse sentido, o empregador tem o dever prévio de se informar sobre a situação de risco, de modo que, ainda que ele desconheça o risco, ele será responsabilizado à título de culpa em razão da culpa por assunção.

---

<sup>451</sup> Nesse sentido destaca Pisani que “*Nel settore della colpa medica – che rappresenta un vero e proprio terreno di coltura per il fiorire di casi nei quali il rimprovero per colpa ha per oggetto l’assunzione del ruolo da parte dell’agente concreto in carenza di capacità di conformarsi alla regola cautelare*” (PISANI, Nicola. *La colpa per assunzione...* p. 13)

<sup>452</sup> Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, in Cass. pen., 2009, 4298.

<sup>453</sup> Conferir: “*L’autonomia riconosciuta dalla legge, sia pur vincolata, non può dunque che ricondurre allo specializzando le attività da lui compiute; e se lo specializzando non si ritiene in grado di compierle deve rifiutarle perché diversamente se ne assume la responsabilità (cd. colpa “per assunzione”* (Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, in Cass. pen., 2009, 4298)

Pisani destaca com razão que a culpa por assunção consiste no *topos* do processo de objetivação da responsabilidade penal culposa.<sup>454</sup> De fato, presumir que o agente conhece a situação de risco independente de qualquer análise acerca das suas condições pessoais significa, de fato, aceitar que a culpabilidade por delito culposo é meramente objetiva.

Considerando que uma das funções da culpabilidade é a função de subjetivação do conceito analítico de delito, a denominada culpa por assunção não deve ser aceita em termos de responsabilidade penal a título de culpa. Aceitar a culpa por assunção significa abandonar a função de subjetivação da culpabilidade.

Afastada a culpa por assunção, é importante analisar a questão do dever de informação. Considerando que quando o agente conhece a situação de risco ele tem o dever de se informar sobre a regra de cuidado, é importante analisar primeiro se o agente tem o dever de se informar sobre a situação de risco.

Quando existe um sinal de alarme e existe o contato do agente com o sinal de alarme fica evidente a cognoscibilidade do risco. A questão é: e quando inexistente um sinal de alarme expresso, o agente teria a obrigação de se informar sobre a existência de uma situação de risco?

Para conferir maior clareza no desenvolvimento deste tópico é importante destacar três casos sobre o tema:

1) Um empregador, ao iniciar as atividades de sua indústria, se informou sobre os eventuais riscos do seu empreendimento industrial. Seus funcionários eram expostos a determinados produtos químicos que, quando a indústria foi montada, eram considerados inofensivos para a saúde humana. Todavia, pesquisas científicas posteriores demonstraram que os referidos produtos químicos poderiam causar câncer. O empregador, após montar o negócio, não se atualizou sobre a situação de risco, de modo que ele não sabia da situação de risco e, por isso, não tomou as medidas cautelares necessárias. O contato prolongado dos funcionários com o agente químico provocou a morte de um deles.

---

<sup>454</sup> Nesse sentido: Pisani, Nicola. *La colpa...* p. XV-XVI

2) Tício, clínico geral, formou-se em Medicina na década de 60. Após se formar, e em busca de uma vida tranquila, ele se muda para uma pequena cidade do interior de Minas Gerais. Certo dia uma paciente chegou ao posto de saúde com determinado sintoma. Quando Tício se formou o referido sintoma não representava qualquer situação de risco para a saúde da paciente. Em razão disso, Tício determina que a paciente volte para casa sem receitar qualquer fármaco ou pedir exames. Todavia, anos após sua formatura os avanços científicos demonstraram que o determinado sintoma poderia ser um indício de uma grave infecção viral. Em razão da infecção a paciente sofre lesões graves. Tício, por nunca ter se atualizado, desconhecia os riscos representados pelo sintoma apresentado.

3) Tício é morador de Belo Horizonte. Ele mora em casa cercada por muros. No mês de janeiro do ano de 2019 Belo Horizonte recebeu chuvas bem acima da média histórica. Em razão das chuvas históricas o muro da casa de Tício desabou e matou um pedestre que passava pelo local. Diante das chuvas históricas Tício teria o dever de se informar sobre a situação do muro.

Nos três casos citados acima o agente deixa de se informar sobre a situação de risco, seja no início da atividade, seja durante o exercício dela, de modo que o dever de informar engloba o dever de se atualizar acerca da situação de risco.

Afastada a aceitação da culpa por assunção, a questão do dever de informação deve ser avaliada com cuidado. Nesse sentido as questões que devem ser respondidas são: 1) existe dever de informação? 2) se existe o dever de informação, quem tem o dever de se informar sobre a situação de risco?; e 3) se existe o dever de informação, qual deve ser o tratamento dogmático dispensado?

No contexto de uma sociedade de risco diversas situações de risco são aceitas, bem como surgem novas situações de risco a cada novo avanço científico. Neste contexto, e considerando que a gestão dos riscos é fundamental na sociedade contemporânea, é importante atribuir a determinados agentes o dever de se informar acerca da situação de risco sob pena de se tornar

impossível a gestão de determinados riscos. Com efeito, defende-se que existe o dever de informação.

E sendo o Direito Penal um dos instrumentos utilizados pelo Estado para gerir os riscos o dever de informação é relevante na seara penal.

Ocorre que o dever de informação não pode ser compreendido com um dever geral de informação que se estende à todas as pessoas. Alaor Leite,<sup>455</sup> embora tivesse como objeto de estudo principal o erro de proibição, elenca os argumentos contrários à existência de um dever geral de informação.

O primeiro argumento é que a existência de um dever geral de informação viola o princípio da legalidade na medida em que não existe nenhuma lei determinando o dever geral de informação.<sup>456</sup> Como será analisado abaixo, existem normas criando deveres específicos de informação, mas, destaca-se, não existe nenhuma norma determinando um dever geral de informação.

Outro argumento contrário ao dever geral de informação é o chamado regresso ao infinito. O agente pode desconhecer também o dever geral de informação. Assim, o agente não se informaria pois não teria ciência do dever de informação, o que, na visão de Alaor Leite, significaria a punição de uma “uma condução negligente de vida, de um sujeito que não levou a ordem jurídica em consideração sempre antes de atuar. Está-se punindo, assim, um modo de vida.”<sup>457</sup>

Por fim, assevera Alaor Leite que o dever geral de informação parte de uma premissa político jurídica equivocada.<sup>458</sup> Com efeito, a existência de um dever geral de informação parte da premissa que toda conduta pode ser considerada um delito, de modo que, sempre que atuar, o cidadão dever buscar informações. Diante disso assevera Alaor Leite que:

Essa tese é evidentemente equivocada para um direito penal orientando pelo princípio da subsidiariedade, cujo conteúdo comunica

---

<sup>455</sup> LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição. *In. Revista dos Tribunais*. vol. 922/2012. p. 323-340. Ago/2012 DTR\2012\450349.

<sup>456</sup> LEITE, Alaor. Existem deveres... p. 3.

<sup>457</sup> LEITE, Alaor. Existem deveres... p. 3.

<sup>458</sup> LEITE, Alaor. Existem deveres... p. 3.

aos cidadãos exatamente o contrário, a saber, que a regra é a permissão e uma conduta só é proibida penalmente quando atinge de forma grave bens jurídicos especialmente relevantes. Também aqui está se punindo um modo de vida, o sujeito pouco diligente...<sup>459</sup>

A partir dos argumentos apresentados por Alaor Leite, o dever geral de informação deve ser afastado.

Tem-se então a seguinte situação: existe o dever de informação, mas este dever não é um dever geral. Assim, existem deveres de informação que seriam, então, deveres específicos de informação.

Em algumas situações surge para alguns agentes um dever de informação acerca da existência de uma situação de risco que seria, então, um dever específico, e não um dever geral. Nesse sentido, é importante delimitar quando surge o dever específico de se informar acerca da situação de risco.

O primeiro evento que faz surgir o dever específico de se informar é o acesso a determinados papéis que são especialmente regulados e/ou restritos a determinadas pessoas. Nestes casos as pessoas que aceitam a exercer os referidos papéis passam a ter o dever de se informar acerca da situação de risco. O primeiro exemplo diz respeito à atividade médica. Sem dúvida a atividade médica é restrita e regulada. Com efeito, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 22 17 de 27/9/2018) dispõe no Capítulo I, inciso V, que:

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.

Aquele que participa da atividade viária também tem o dever de se informar acerca da situação de risco. A participação na atividade viária é regulamentada pela Lei nº 9.503/97 e por resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (Contran). Ademais, a atividade viária é restrita às pessoas habilitadas. Desse modo, aquele que participa da atividade viária tem o dever de se informar acerca das regras de cuidado.

---

<sup>459</sup> LEITE, Alaor. Existem deveres... p. 3.

Na seara do Direito Penal do Trabalho também existe o dever de se informar acerca da situação de risco. O papel de empregador consiste em atividade especialmente regulamentada. Além das leis trabalhistas, destaca-se a nota regulatória 01 do Ministério do Trabalho, que trata do gerenciamento de riscos no ambiente de trabalho. Vejamos alguns dispositivos do mencionado texto normativo:

1.5.3.2 A organização deve:

[...]

b) identificar os perigos e possíveis lesões ou agravos à saúde.

1.5.4 Processo de identificação de perigos e avaliação de riscos ocupacionais

1.5.4.1 O processo de identificação de perigos e avaliação de riscos ocupacionais deve considerar o disposto nas Normas Regulamentadoras e demais exigências legais de segurança e saúde no trabalho.

1.5.4.2 Levantamento preliminar de perigos

1.5.4.2.1 O levantamento preliminar de perigos deve ser realizado:

a) antes do início do funcionamento do estabelecimento ou novas instalações;

b) para as atividades existentes; e

c) nas mudanças e introdução de novos processos ou atividades de trabalho.

Outra situação que faz surgir o dever de se informar acerca da situação de risco é a existência de uma dúvida acerca da situação de risco. Quando o agente tem dúvida se existe ou não uma situação de risco ele passa a ter o dever de se informar se a situação de risco de fato existe ou não.

No que tange ao dever de se informar sobre a regra de cuidado existe uma peculiaridade. As hipóteses acima também são aplicadas ao dever de se informar sobre a regra de cuidado. Ocorre que existe um outro pressuposto fático que faz surgir o dever de informação acerca da regra de cuidado. Esse pressuposto consiste no efetivo conhecimento da situação de risco.

A partir da existência da situação de risco é que surge o dever de o agente seguir a norma de cuidado. Desse modo, quando o agente tem a efetiva ciência que está diante de uma situação de risco, ele passa a ter o dever de se informar

sobre a existência de regras de cuidado para gerir os riscos existentes naquela situação.

Considerando que o dever de informação é relevante, porém restrito a determinadas situações, é importante, então, determinar qual o papel que o dever de informação sobre o dever de cuidado assume na dogmática do delito culposo. Registre-se, uma vez mais, que a utilização do dever de informação para caracterizar a culpa por assunção foi rechaçada, conforme explicado anteriormente.

Sustenta-se nesta tese que o dever de informação sobre a situação de risco ou sobre a regra de cuidado deve ser tratado no âmbito do erro de proibição.

No próximo tópico desta tese será analisado o erro quanto ao dever de cuidado (erro quanto a situação de risco ou o erro quanto à regra de cuidado). No entanto, para delimitar a função dogmática do dever de informação, adianta-se que o erro em relação à situação de risco ou sobre a regra de cuidado deve ser tratado no âmbito do erro de proibição. Com efeito, o agente que não se informa sobre uma situação de risco e atua acreditando que não existe risco algum na situação concreta incorre em um erro de proibição.

A fim de ilustrar, é importante voltar ao caso do empregador (já exposto no início deste tópico) que não se atualiza sobre os avanços científicos que demonstram que a atividade desenvolvida representa um risco para a saúde dos trabalhadores.

No mencionado caso, o empregador atua acreditando que não existe qualquer risco para a saúde dos trabalhadores, quando, na realidade, o risco existia. Por acreditar que não existia qualquer risco, o empregador acredita que é lícito manter os trabalhadores na situação em que se encontravam. E o erro sobre a situação de risco é “explicável”, tendo em vista que no início das atividades, de fato, não existia qualquer risco comprovado.

Os casos em que existe o risco, mas o agente se equivoca quanto à sua existência consistem em uma forma de erro e, no que se refere à dogmática do delito culposo, conforme será analisado no próximo tópico, devem ser tratados

como um erro de proibição. O agente que desconhece a situação de risco ele deixa de observar a regra de cautela, mas, por desconhecer o risco, acredita estar agindo licitamente, o que atrai a aplicação do art. 21 do Código Penal brasileiro.

É neste contexto do erro de proibição que o dever de se informar sobre a situação de risco deve ser tratado.

O dever de informação deve ser utilizado para diferenciar o erro de proibição inevitável, que exclui a culpabilidade, do erro de proibição evitável, que pode reduzir a pena.

Assim, quando o agente tem o dever de se informar quanto à existência de uma situação de risco e não se informa, ele desconhece a situação de risco, o que caracteriza o erro de proibição. Contudo, como ele tinha o dever de se informar, o erro de proibição será considerado evitável.

A fim de ilustrar a solução defendida destaca-se, mais uma vez, os três exemplos já citados: o caso do desabamento do muro, do empregador e do médico.

No caso do desabamento do muro, o agente, por erro não conhece a situação de risco. Todavia, ele não tem o dever de se informar sobre o risco. Neste caso, está caracterizado um erro de proibição inevitável.

Já nos casos do empregador e do médico, a solução é diferente. Eles também se encontram em uma situação de erro de proibição por desconhecer a situação de risco. Todavia, eles têm o dever de se informar sobre a situação de risco, e em razão deste dever está caracterizado o erro de proibição evitável. Nesses dois casos, o fato é típico, ilícito e culpável, mas a pena pode ser diminuída de 1/3 a 2/3 conforme dispõe o art. 21 do CP.

#### **3.3.4 Do erro quanto ao dever de cuidado enquanto erro de proibição**

Como já asseverado anteriormente, a cognoscibilidade do dever de cuidado consiste em elemento da culpabilidade nos delitos culposos. Ocorre que

em determinado caso concreto pode existir algum fato relevante que leve o agente ao erro acerca do dever de cuidado. Nesse contexto o erro quanto ao dever de cuidado pode ocorrer porque o agente errou sobre a situação de risco ou porque ele errou quanto à norma de cuidado.

No que tange à cognoscibilidade do risco pode ocorrer um erro quanto à avaliação dos sinais de alarme. Ou seja, é possível que o agente acredite que, no caso concreto, não existe qualquer situação de risco para o bem jurídico. Mesmo diante dos sinais de alarme, alguma circunstância leva o agente a errar quanto à situação de risco e, por não vislumbrar a situação de risco, ele não age com a cautela devida. Para ilustrar e auxiliar na explicação do tema podem ser formulados alguns exemplos sobre o assunto.

1) Um caso concreto julgado pelo TJMG<sup>460</sup> ilustra a questão analisada neste tópico: Um médico, clínico geral, estava de plantão em uma cidade do interior de Minas Gerais . Ele era o único médico no hospital, estava atendendo uma mulher esfaqueada e existia outra mulher em trabalho de parto. No final da tarde uma família leva uma menina de dois anos com febre para ser atendida. A enfermeira que atendeu a criança, constatando que a febre era baixa, classificou a situação com baixo risco. O médico avaliou a menina, não vislumbrou nenhuma situação de risco, e receitou um antibiótico leve. Horas depois a criança teve uma convulsão e morreu. A perícia constatou que a criança estava com pneumonia, que foi a causa da morte.

Diante de todo o contexto – a classificação da enfermeira como situação de baixo risco, a existência de outros pacientes graves e a ausência de outros médicos – o médico não foi capaz de avaliar corretamente a situação de risco, ou seja, o médico errou quanto a situação de risco.

2) Durante o período chuvoso em Belo Horizonte os técnicos da Defesa Civil são chamados para avaliar as condições de determinado muro. Os técnicos informam ao proprietário que, não obstante as chuvas intensas e a existência de pequenas rachaduras, o muro estava estável. Diante dessa informação, o

---

<sup>460</sup> (TJMG - Apelação Criminal 1.0628.18.001957-0/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/08/2021, publicação da súmula em 01/09/2021).

proprietário, acreditando na ausência de riscos, não faz os escoramentos do muro, que desaba e mata um pedestre.

No que tange ao erro sobre a norma de cuidado existem situações em que, por algum motivo relevante, o agente acredita que está atuando conforme a regra de cuidado, mas não está. Ou seja, o agente erra quanto a norma de cuidado. Para ilustrar e auxiliar na explicação do tema podem ser formulados alguns exemplos sobre o assunto.

1) Em uma determinada fábrica de produtos químicos os trabalhadores que lidam com as matérias-primas perigosas seguem as normas de cuidado estabelecidas pelo órgão de controle. Após uma série de pesquisas o órgão de controle chega à conclusão de que as normas de cuidado anteriores estavam obsoletas e colocavam os trabalhadores em risco. Diante disso, o órgão de controle altera as normas de cuidado exigidas para o manuseio dos materiais. O gerente da fábrica, para não aumentar os custos de produção, não repassa ao funcionário responsável as novas normas de cuidado. O funcionário, que continuava a praticar suas condutas observando as regras antigas, provoca um acidente que acarreta a morte de uma pessoa.

2) Um motorista dirige seu carro em uma estrada cujo limite de velocidade era de 80 km/h. O velocímetro do carro marcava 70 km/h quando o motorista não consegue frear e bate em uma moto que estava em sua frente. A perícia é chamada ao local e constata que a o veículo estava a uma velocidade de 90 km/h, ou seja, acima da velocidade permitida. Constatou-se, posteriormente, que o velocímetro do veículo estava estragado.

3) Em um determinado cruzamento, alguém retirou a placa de “PARE”. Desse modo, o motorista que vinha pela via preferencial, que teve a placa retirada, não parou no cruzamento e se chocou com um moto, causando lesões corporais no motociclista.<sup>461</sup>

Em todos os casos acima o agente erra quanto à existência do dever de cuidado, seja porque desconhecia o risco, seja porque se equivocou quanto à

---

<sup>461</sup> Este exemplo é uma adaptação do exemplo formulado por Torío López (LÓPEZ, Ángel Torío López. El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, Fasc./Mes 1, 1980, págs. 79-92. p. 90)

norma de cuidado. A questão a ser delimitada diz respeito ao tratamento dogmático que deve ser conferido aos casos acima. Defende-se nesta tese que os casos de erro quanto ao dever de cuidado devem ser tratados no âmbito do erro de proibição.

O erro de proibição, como disposto no art. 21 do CP, consiste em erro sobre a ilicitude do fato, *in verbis*:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

Alaor Leite destaca que a teoria do erro de proibição passa por três questões fundamentais: “o conceito, o objeto e a evitabilidade.”<sup>462</sup>

No que tange ao conceito é possível conceituar o erro de proibição como a falsa representação ou ignorância da proibição jurídica do fato. Com efeito, o agente o agente pratica o fato típico e ilícito, mas acredita que sua conduta é permitida.<sup>463</sup>

A determinação do objeto do erro de proibição perpassa a determinação do objeto da consciência da ilicitude na medida em que o erro de proibição é o reverso da consciência da ilicitude. Acerca da consciência da ilicitude é importante ter em mente o alerta feito por Torío López no sentido que o tema da consciência da ilicitude foi tratado e desenvolvido no âmbito dos delitos dolosos.<sup>464</sup> Nesse sentido é importante que o objeto da consciência da ilicitude atenda às peculiaridades do delito culposos.

<sup>462</sup> LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. Ed. Atlas. São Paulo, 2014. p. 8.

<sup>463</sup> Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis, *Curso...* p. 451. Como bem observa Alaor Leite, é absolutamente falsa a polêmica entre erro e ignorância no que tange ao erro, ( LEITE, Alaor. *Dúvida...* p. 09). Sobre o assunto, aliás, Munhoz Netto, prefere a expressão ignorância. ( NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância...* . p. 1-3)

<sup>464</sup> LÓPEZ, Ángel Torío. El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 33, Fasc./Mes 1, 1980, p. 79.

Sobre o objeto da consciência da ilicitude existem três posições. Estas posições, como destaca Brodt,<sup>465</sup> refletem as divergências que envolvem o próprio conceito de ilicitude. Com efeito, a doutrina diverge se a ilicitude é geral ou específica e se o conceito adotado é um conceito formal ou material.

Nesse contexto, a primeira teoria, que Juarez Cirino classifica como teoria tradicional,<sup>466</sup> tem como fundamento o conceito de ilicitude material. Nesse sentido, a consciência da ilicitude consiste no conhecimento da danosidade social ou na imoralidade da conduta praticada.

Uma segunda posição é denominada por Juarez Cirino<sup>467</sup> como teoria moderna. Para esta posição o conhecimento da ilicitude consiste no conhecimento da punibilidade do comportamento através da norma penal. Entre nós, esta posição é adotada, dentre outros, por Juarez Tavares, para quem essa teoria é a mais compatível “com o princípio da culpabilidade no direito penal do Estado Democrático de Direito”.<sup>468</sup>

Uma terceira teoria, que pode ser classificada como intermediária, sustenta que o conhecimento da ilicitude consiste no conhecimento, através de um juízo na “esfera do profano”, que a conduta está em contradição com o ordenamento jurídico.

A primeira teoria deve ser de plano afastada. Como destaca Brodt,<sup>469</sup> adotar a primeira teoria significa transferir a questão do conhecimento da ilicitude para um plano metajurídico da danosidade social ou da imoralidade. Ademais, em uma sociedade pluralista o Direito Penal não pode exigir uma unidade de valorações sociais ou morais.<sup>470</sup>

A teoria moderna, embora sedutora, não é a melhor solução, sobretudo no que se refere aos delitos culposos. Conceituar o conhecimento da ilicitude

---

<sup>465</sup> BRODT, Luiz Augusto Sanzo. *Da consciência...* p. 22-29.

<sup>466</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna ...* p. 198.

<sup>467</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna ...* p. 198.

<sup>468</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna ...* p. 199.

<sup>469</sup> BRODT, Luiz Augusto Sanzo. *Novo estudo...* p. 24

<sup>470</sup> Nesse sentido afirma Roxin que “Además, las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos” (ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 866)

como conhecimento a punibilidade através de uma norma penal restringe o conhecimento da ilicitude a poucas pessoas que tem o conhecimento jurídico e que sabem distinguir os diversos ramos do direito e a ilicitude específica de cada um. Com efeito, o agente deve saber distinguir a conduta proibida da conduta penalmente proibida.

No caso do homicídio o conhecimento da ilicitude consiste em saber que matar alguém é uma conduta punida penalmente.

Utilizar a teoria moderna traz dois problemas no que tange aos delitos culposos. A não observância do dever de cuidado é irrelevante para o conhecimento da ilicitude nos termos da teoria moderna, isso porque a simples não observância do dever de cuidado não significa que a conduta é penalmente punida (depende da realização do risco). Nesse sentido, o conhecimento da ilicitude nos delitos culposos traz um efeito contrário daquele que é pretendido pela teoria moderna. Ao invés de limitar o conhecimento da ilicitude, ele abrange demasiadamente seu conceito, no que se refere aos delitos culposos.

Ademais, no homicídio culposo, por exemplo, embora o agente saiba que matar alguém é penalmente proibido, esse não é seu objetivo e na culpa inconsciente sequer foi previsto pelo agente. Não condiz com o princípio da culpabilidade analisar o conhecimento da ilicitude tendo como parâmetro algo que o agente não queria que ocorresse e que consiste no que a doutrina denomina de elemento de azar.

Diante do exposto, defende-se que a melhor teoria é a intermediária<sup>471</sup>. Assim, o objeto do conhecimento da ilicitude consiste em saber que aquela conduta é contrária ao ordenamento jurídico.

Seja no caso de culpa genérica ou específica, a violação ao dever de cuidado já consiste em uma conduta ilícita, que somente atrai a punibilidade penal se ocorrer o resultado típico. Imaginemos um homicídio culposo na direção de veículo automotor: o simples fato de o agente estar acima do limite de velocidade permitido já consiste em uma conduta ilícita, sujeita à pena de multa,

---

<sup>471</sup> Nesse sentido: BRODT, Luís Augusto Sanzo., *Novo estudo...* p. 23. MUNHOZ NETO, Alcides. *A ignorância...* p. 21.

mas que somente atrai a responsabilidade penal no caso de um resultado morte, ou lesão, por exemplo.

Com efeito, o elemento central do conhecimento da ilicitude no crime culposos é o dever de cuidado. Desse modo, o agente que não conhece o dever de cuidado, ou erra sobre o dever de cuidado, acredita estar agindo licitamente.

No âmbito do delito culposos a norma que é objeto do erro de proibição é o dever de cuidado que fundamenta o delito culposos. No delito culposos o agente pratica um fato típico e ilícito, mas desconhece o dever de cuidado que o Direito Penal exigia. Ocorre que o dever de cuidado surge a partir da existência de uma situação de risco. Sem uma situação de risco não há exigência de dever de cuidado. Por esta razão que, quando o agente desconhece a situação de risco, ele incorre em erro de proibição.

Diante do exposto as situações narradas no início deste tópico devem ser tratadas como erro de proibição. Os casos acima, e tantos outros em que existe algum motivo que leve o agente a errar quanto à existência da situação de risco ou quanto à norma de cuidado, devem ser tratados no âmbito do erro de proibição.

Uma vez que o erro quanto ao dever de cuidado é tratado como erro de proibição, resta avaliar se o erro era inevitável, o que exclui a culpabilidade, ou evitável, podendo a pena ser reduzida.

Como destaca Brodt<sup>472</sup>, a (in)evitabilidade é tema por vezes negligenciado na doutrina. Diante disso, a presente tese apresenta alguns parâmetros para avaliar se o erro quanto ao dever de cuidado é evitável ou inevitável, mas, antes, é importante destacar alguns pontos acerca da (in)evitabilidade.

O primeiro ponto é que a evitabilidade ou inevitabilidade do erro quanto ao dever de cuidado deve ser analisada segundo as condições do agente no caso concreto. Aliás, o próprio parágrafo único do artigo 21, quando se vale da expressão “quando lhe era possível, nas circunstâncias”, deixa claro que a

---

<sup>472</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...* p. 68.

evitabilidade ou inevitabilidade do erro deve ser avaliada de acordo com as peculiaridades do agente no caso concreto.

Outro ponto importante diz respeito ao significado da expressão “poderá diminuí-la” utilizada no caso de erro evitável. O parágrafo único do artigo 21 possibilita ao juiz diminuir a pena de um sexto a um terço no caso de erro de proibição evitável. Com efeito, quando o erro sobre o dever de cuidado for evitável o juiz poderá diminuir a pena.

A posição majoritária na doutrina brasileira indica que se trata de um poder-dever, ou seja, constatado o erro evitável, o juiz tem a obrigação de reduzir a pena. Luiz Regis Prado, sem tecer maiores considerações, afirma que “... há erro sobre a ilicitude do fato (art 21, *caput*, CP), que se inevitável, elide a culpabilidade; se evitável atenua a pena”.<sup>473</sup>

Ocorre que a expressão “poderá diminuí-la” é clara quanto ao seu significado: trata-se de uma possibilidade, e não de um dever. No léxico, “poderá”, enquanto conjugação do verbo poder, significa “possuir a capacidade ou a oportunidade de”. Não cabe ao intérprete da lei dar à determinada palavra um significado gramatical completamente diferente do significado original.

Ademais, se o objetivo do legislador fosse tornar obrigatória a redução de pena no erro de proibição evitável um dever ele teria utilizado uma palavra diferente. O legislador poderia ter utilizado expressões como, “deverá diminuir” ou “sempre diminuirá”. Quando o legislador quis tornar a redução de pena obrigatória ele foi expresso. Nesse sentido, no art. 16 do Código Penal que trata do arrependimento posterior, o legislador foi expresso a determinar que a pena sempre será reduzida. Vejamos a transcrição do artigo:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, **a pena será reduzida de um a dois terços**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

---

<sup>473</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso...* p. 451. No mesmo sentido, e sem maiores explicações, conferir: QUEIROZ, Paulo. *Direito ...* .p. 204.

Diante do exposto acima, no caso concreto, o magistrado, reconhecendo o erro de proibição evitável, pode diminuir a pena ou não.

Retornemos ao problema dos critérios para avaliar a evitabilidade ou não do erro quanto ao dever de cuidado enquanto erro de proibição. Importa destacar que a inevitabilidade é a regra. Desse modo, constatado que o agente acredita que não existia uma situação de perigo ou que estava seguindo a regra de cuidado devida, tem-se um erro de proibição a princípio inevitável. A evitabilidade do erro somente deve ser reconhecida em casos específicos.

Esse procedimento é o que mais se coaduna com a função da culpabilidade de limitar o poder do Estado, até mesmo em razão da ausência de critérios legais para aferir a evitabilidade/inevitabilidade do erro. É lícito pensar que era esse procedimento em que a inevitabilidade é a regra e que somente pode ser afastada em casos específicos que Juarez Cirino quis referenciar quando afirma que se deve usar “bitola larga para a inevitabilidade e bitola estreita para a evitabilidade”.<sup>474</sup>

O método apontado pela doutrina para se alcançar o conhecimento da ilicitude é caracterizado pelo binômio informação/reflexão<sup>475</sup>. De modo que, “a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição dependem do nível de reflexão e informação do autor sobre o injusto específico”.<sup>476</sup> Nesta ordem de ideias, e com a finalidade de dar alguma segurança jurídica à análise da evitabilidade do erro nos delitos culposos, defende-se nesta tese a existência de dois critérios para a avaliação da evitabilidade ou não do erro, quais sejam: 1) a existência ou não do dever de informação e 2) o *déficit* cultural/intelectual/de experiência ser compartilhado ou não por determinado grupo social.

O primeiro critério consiste na existência ou não de um dever de informação. Como já analisado anteriormente, não se admite um dever geral de informação. Todavia, no caso concreto, como também já analisado anteriormente, pode existir um dever individual de informação sobre a situação de risco ou sobre a regra de cuidado. É a existência ou não de um dever

---

<sup>474</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna...* p. 205.

<sup>475</sup> Nesse sentido: BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo...* p. 69.

<sup>476</sup> SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna...* p. 203.

individual de informação que vai ser um critério para avaliar a evitabilidade do erro.

Quando o agente errar sobre o dever de cuidado e não existir o dever individual de informação, o erro será tido como inevitável, o que exclui a culpabilidade. Todavia, se existir o dever de se informar, o erro será considerado evitável, o que, significa que o agente é culpável, mas pode ter sua pena reduzida de um sexto a um terço.

Vejamos um exemplo já citado no início deste tópico: durante o período chuvoso em Belo Horizonte os técnicos da Defesa Civil são chamados para avaliar as condições de determinado muro. Os técnicos informam ao proprietário que, não obstante as chuvas intensas e a existência de pequenas rachaduras, o muro estava estável. Diante dessa informação, o proprietário, acreditando na ausência de riscos, não faz os escoramentos do muro, que desaba e mata um pedestre.

Neste caso o agente errou sobre a situação de risco em razão das orientações dadas pela Defesa Civil, o que caracteriza um erro de proibição. Resta analisar se ele tinha o dever de informação. Considerando os critérios determinados no item 3.3.3 desta tese o proprietário não tinha o dever específico de informar, o que torna o erro aqui inevitável.

Seria diferente, por exemplo, no caso já citado no item 3.3.3 desta tese. Vejamos: um empregador, ao iniciar as atividades de sua indústria, se informou sobre os eventuais riscos do seu empreendimento industrial. Seus funcionários eram expostos a determinados produtos químicos que, quando a indústria foi montada, eram considerados inofensivos para a saúde humana. Todavia, pesquisas científicas posteriores demonstraram que os referidos produtos químicos poderiam causar câncer. O empregador, após montar o negócio, não se atualizou sobre a situação de risco, de modo que ele não sabia da situação de risco, e por isso não tomou as medidas cautelares necessárias. O contato prolongado dos funcionários com o agente químico provocou a morte de um deles.

Nesse caso o empregador errou sobre a situação de risco, o que caracteriza erro de proibição. Contudo, conforme os critérios estabelecidos, ele tinha o dever

específico de se informar. Desse modo, o erro é evitável e o magistrado poderá diminuir a pena ou não, de acordo com as consequências do delito e com a necessidade de prevenção especial da pena.

O outro critério para avaliar a evitabilidade do erro quanto ao dever de cuidado diz respeito ao *déficit* cultural/intelectual/de experiência. Como já analisado anteriormente, o *déficit* cultural/intelectual/de experiência pode ser um *déficit* compartilhado por um determinado círculo social ou não.

Quando o erro sobre o dever de cuidado for decorrente de um *déficit* cultural/intelectual/de experiência, é necessário avaliar se o *déficit* é compartilhado por um determinado círculo social ou não. Se o *déficit* for compartilhado por um grupo social, o erro será inevitável. Todavia, quando o *déficit* não for compartilhado por um círculo social, o erro será considerado evitável, podendo o julgador reduzir a pena de um sexto a um terço.

Voltemos ao caso da camponesa que serviu de exemplo no item 3.3.2.2: no final dos anos 1800, na Alemanha, uma mulher casada com um pastor de ovelhas, acreditando em uma superstição local profundamente arraigada no ambiente em que vivia, colocou seu filho pequeno em um forno acreditando que ele seria curado da escrofolose. A criança morreu asfixiada.

Nesse caso, a camponesa errou quanto a regra de cuidado. Todavia, considerando que aquele erro era compartilhado por seu círculo social, mesmo com uma maior reflexão é pouco provável que a camponesa percebesse o erro. Deste modo, o erro é inevitável. De outro modo, se a crença quanto a utilização do forno para curar a escrofolose não fosse compartilhada por seu círculo social, o erro seria evitável, e a pena poderia, ou não, ser diminuída.

### **3.4 Possibilidade de agir conforme a regra de cuidado**

O último elemento da culpabilidade nos delitos culposos é a possibilidade de o agente, no caso concreto, e de acordo com suas condições pessoais, seguir a regra de cuidado determinada. Com efeito, o autor do injusto culposos somente

será culpável se, além de imputável, ele tiver a possibilidade de conhecer o dever de cuidado e tiver a possibilidade de seguir o que determina a regra de cuidado.

Juarez Tavares afirma que “ademais das outras condições limitativas da atribuição pessoal de responsabilidade deve-se ainda, incluir, na culpabilidade, a exigência de que o agente poderia ter atuado de outro modo”.<sup>477</sup> Ocorre que a exigibilidade de outra conduta compreendida desta forma atende aos delitos dolosos. Nos delitos culposos a exigibilidade deve ser enunciada de outra forma.

Nos delitos culposos não basta que seja possível exigir do agente outra conduta. Ora, uma outra conduta qualquer ainda pode significar a violação da regra de cautela. Desse modo, o que se exige nos delitos culposos é que o agente observe a regra de cautela. Nesse sentido afirma Palazzo, com razão, que o último elemento da culpabilidade nos delitos culposos é a “*possibilità del comportamento conforme ala regola cautelare*”.<sup>478</sup>

O fundamento da possibilidade de agir conforme a regra de cuidado é a necessidade preventiva da pena. A pena privativa de liberdade somente atende às suas finalidades preventivas quando é aplicada ao agente que, sendo-lhe possível conhecer o dever de cuidado, poderia atuar conforme o estabelecido pela regra de cautela.<sup>479</sup> A necessidade preventiva da pena afasta a exigibilidade do indemonstrável livre-arbítrio.

Nesse contexto, é possível que o agente, imputável, tenha a possibilidade de conhecer a regra de cuidado ou até mesmo conheça, de fato, a regra de cuidado, mas que ele, no caso concreto, não tenha condições de seguir o que determina a regra de cuidado. Assim, corolário da possibilidade de o agente agir conforme a regra de cuidado consistir em elemento da culpabilidade é que a inexigibilidade de seguir a regra de cuidado consistiria em causa de exclusão de culpabilidade.

Destaca-se que em relação aos crimes dolosos existe divergência da doutrina se a inexigibilidade seria ou não causa supralegal de exclusão de

---

<sup>477</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime...* p. 488.

<sup>478</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso...* p. 464.

<sup>479</sup> Palazzo (PALAZZO, Francesco. *Corso...* p. 465) relaciona a possibilidade de seguir a regra de cautela com a motivação do agente, o que parece relacionar a possibilidade de seguir a regra de cuidado com o indemonstrável livre-arbítrio.

culpabilidade. Entrar nesta discussão extrapolaria o tema desta tese, que são os delitos culposos. Todavia, no que tange aos delitos culposos, a doutrina amplamente majoritária admite a inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade.

Roxin admite a inexigibilidade enquanto causa geral de exclusão de culpabilidade nos delitos culposos.<sup>480</sup> Destaca-se que Roxin,<sup>481</sup> assim como outros, não admite a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade nos delitos dolosos, mas aceita inexigibilidade nos delitos culposos, o que, aliás, evidencia que a possibilidade de agir conforme a regra de cautela consiste em elemento dos delitos culposos. O referido autor, inclusive, explica o surgimento da inexigibilidade.

*“El punto de partida de esta evolución lo constituye el caso del trabarriendas (RGSt 30, 25). En él un cochero había viajado con un caballo del que sabía que, como ‘trabarriendas (Leinenfänger\*)’, tenía tendencia a desbocarse; el caballo había causado efectivamente la fractura de la pierna de un transeúnte. Aunque al cochero no le había faltado en modo alguno ‘la conciencia de los peligros’ (loe. cit., 27) que originaba, el RG le absolvió porque había actuado a las órdenes del patrón, que estaba asimismo al corriente de los defectos del caballo, y porque si se negaba a obedecer debería contar con la pérdida de su puesto de trabajo. ‘Según esto había que examinar si a A se le podía exigir como deber sustraerse a la orden de su patrón y asumir la pérdida de su empleo, antes que dar lugar conscientemente, mediante la utilización del caballo que se le había asignado, a la posibilidad de lesión física de otro, o si por el contrario... podía prescindir de... esta última consideración...’” (loe. cit., 28)<sup>482</sup>*

Para ilustrar a inexigibilidade nos delitos culposos, Roxin<sup>483</sup> ainda fornece o seguinte exemplo acadêmico sobre o tema: uma mulher recebe a notícia que seu marido sofreu um grave acidente. Diante da notícia a mulher corre ao local do acidente e, devido ao seu estado emocional, esquece de desligar o ferro de passar roupas, o que ocasiona um incêndio culposo. Neste caso, a conduta é típica e ilícita, no entanto, não é exigível da mulher que ela observe a regra de cuidado.

<sup>480</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1040.

<sup>481</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 960.

<sup>482</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1040.

<sup>483</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* p. 1041.

Para a avaliação da possibilidade de agir conforme a regra de cuidado é importante usar como método o *Homo eiusdem professionis et condicionis* já explicado no item 3.3.2.1 desta tese.

Sobre a inexigibilidade nos delitos culposos algumas questões postas pela doutrina devem ser analisadas. A primeira questão é se a inexigibilidade consiste em uma limitação ao dever subjetivo de cuidado ou uma causa autônoma de exclusão de culpabilidade nos delitos culposos.

Sobre o assunto Roxin destaca que:

*“No obstante, estas dos ubicaciones no son incompatibles entre sí. Pues es verdad que la inexigibilidad limita la responsabilidad de la conducta culpable-imprudente; pero como la misma posee una ratio propia en la insignificancia, ello no excluye el concederle el carácter de causa de exculpación autónoma, cuyo reconocimiento general está afianzado hoy como Derecho consuetudinario.”<sup>484</sup>*

Ocorre que, como a possibilidade de observar a regra de cuidado consiste em elemento autônomo da culpabilidade nos delitos culposos a inexigibilidade também deve ser compreendida como uma causa autônoma de exclusão da culpabilidade.

Marco Nahum, por sua vez, relaciona a inexigibilidade com a previsibilidade. Segundo o autor, quando as circunstâncias influenciarem a previsibilidade objetiva, a inexigibilidade seria uma causa supralegal de exclusão de ilicitude. Já se as circunstâncias afetarem a previsibilidade subjetiva, a inexigibilidade seria uma excludente de culpabilidade.

O aludido autor para adotar uma posição semelhante àquela de Baumann em que a dever objetivo de cuidado é elemento da ilicitude.

A posição do autor não deve ser aceita. A previsibilidade objetiva, conforme já mencionado nesta tese, é substituída com maior precisão pelos critérios de imputação objetiva. E a previsibilidade subjetiva deve ser substituída pela cognoscibilidade da situação de risco, conforme também já explicado nesta tese.

---

<sup>484</sup> ROXIN, Claus. *Derecho...* p. 1042.

Como já mencionado, Palazzo<sup>485</sup> defende, com razão, que a possibilidade de observar a regra de cautela é o elemento correto a ser avaliado na culpabilidade. Como explicado acima, de fato, o cerne aqui é a possibilidade de o agente observar a regra de cautela. Ocorre que, referido autor destaca que somente um elemento externo ao agente seria capaz afetar a motivação do autor e excluir a culpabilidade.<sup>486</sup> Nesse aspecto, Palazzo não está correto.

Não somente fatores externos podem impedir que o agente, mesmo conhecendo a regra de cuidado, siga o determinado pela regra de cuidado. Fatores internos do agente, como uma situação de dor, por exemplo, também podem tornar inexigível que ele siga a regra de cuidado. Para ilustrar é possível formular o seguinte exemplo: Tício está dirigindo seu carro quando sente uma forte dor. Em razão da forte dor, Tício não observa a placa de PARE e provoca um acidente que lesiona Mévio. Neste caso, Mévio não tem a possibilidade de seguir a regra de cuidado em virtude de um fator externo.

Com efeito, fatores internos ou externos ao agente podem fazer com que o agente não possa seguir a regra de cuidado. Assim, o que deve ser avaliado no caso concreto é se existe alguma circunstância interna ou externa que seja capaz de impedir que o agente observe a regra de cuidado.

Palazzo ainda chama a atenção para a situação em que o agente conhece previamente a circunstância externa que lhe impediria de observar a regra de cautela. Sobre a questão o autor sustenta que a circunstância que impede a observância da regra de cautela não pode ser de conhecimento prévio do agente. Defende o autor que, nessa hipótese, o agente tem o dever de se abster da conduta.

A posição de Palazzo não é está correta. Quando o agente sabe, previamente, que existe uma circunstância que vai impedir que ele observe a regra de cautela, a regra de cautela passa a ser a necessidade de o agente se omitir de realizar a conduta. Nesse caso, o que deve ser avaliado é se o agente poderia ou não deixar de realizar a conduta. É exatamente este o acaso do cocheiro, citado por Roxin.

---

<sup>485</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di...* p. 464.

<sup>486</sup> PALAZZO, Francesco. *Corso di...* p. 465

Importa, por fim, analisar o erro sobre a exigibilidade de agir conforme a regra de cautela. Destaca-se que os autores que tratam do assunto, como Maurach-Zipf e Munhoz Neto, discorrem sobre o tema no âmbito de exigibilidade de comportamento diverso sem fazer distinção entre o delito doloso e culposo. No entanto, as justificativas e soluções propostas podem ser utilizadas no que tange ao delito culposo.

Munhoz Neto, explica a situação aqui tratada:

Por má percepção dos fatos, o autor acredita encontrar-se em situação que, se real, embora não tornasse lícito o seu procedimento, isentá-lo-ia de pena. É o que sucederia com uma putativa coação moral irresistível. (v.g toma a sério uma ameaça jocosa e pratica o delito para evitar o mal prometido).<sup>487</sup>

Sobre o tema, Maurach e Zipf sustentam que aludido erro deve ser tratado como erro de proibição.<sup>488</sup> Segundo os autores, embora o caso não se trate de um verdadeiro de erro de proibição, deve ser tratado como tal na medida em que o erro sobre a existência da norma é equivalente ao erro relativo à eficácia determinante da norma.<sup>489</sup>

O erro sobre a exigibilidade de conduta conforme a norma de cuidado, não deve ser tratado como erro de proibição. No erro de proibição o agente erra sobre o dever de cuidado, desconhecendo a situação de risco e/ou a regra de cuidado. No erro sobre a exigibilidade de conduta conforme a norma de cuidado o agente tem plena consciência do dever de cuidado a ser observado, de modo que é inviável tratar o referido erro como erro de proibição.

O erro sobre a exigibilidade de conduta conforme a regra de cuidado nada mais é que uma hipótese de inexigibilidade de agir conforme a regra de cuidado. Munhoz Neto, referindo-se à coação moral irresistível putativa, assevera, com razão, que “inexigibilidade é a mesma quer seja real, quer seja putativa a coação moral irresistível”.<sup>490</sup> Sendo idêntico o estado mental do agente em uma e outra situação.

---

<sup>487</sup> NETO, Alcides Munhoz. *A ignorância...* p. 12.

<sup>488</sup> MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho...* p. 680.

<sup>489</sup> MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz. *Derecho...* p. 680.

<sup>490</sup> NETO, Alcides Munhoz. *A ignorância...* p. 13.

O mesmo fundamento vale para as demais causas que excluem a culpabilidade fundadas na exigibilidade e para a inexigibilidade enquanto causa supralegal de exclusão de culpabilidade nos delitos culposos.

#### **CAPÍTULO 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Na pesquisa desenvolvida investigamos a posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposos. A pesquisa teve como marco teórico da teoria de Searle sobre a criação dos fatos institucionais e chegamos às seguintes conclusões.

A expressão “condições pessoais do agente” compreende a capacidade do agente de realizar diligentemente determinada atividade bem como seus conhecimentos em relação à determinada atividade.

O conceito de função está sempre relacionado com a ideia de sistema. Com efeito, função é o papel desempenhado por um determinado elemento dentro de um sistema.

A partir do conceito de realismo externo, Searle explica a criação dos fatos institucionais. Assim, o fato institucional é criado a partir da intencionalidade coletiva atribuindo regras constitutivas e , principalmente, atribuindo uma função à determinado fato bruto.

A evolução histórica da culpabilidade revela que as funções de subjetivação da responsabilidade penal e a limitação do poder punitivo através das teorias da pena, de uma forma outra, sempre estiveram relacionadas à culpabilidade. A função de subjetivação da responsabilidade penal é encontrada

desde a Escola Clássica. Já a função de limitar o poder de punir do Estado por meio das teorias da pena encontra sua melhor fundamentação na obra de Roxin.

A fundamentação da posição sistemática das condições pessoais do agente no delito culposo deve ser buscada na teoria de Searle sobre a criação dos fatos institucionais. A teoria de Searle é importante porque explica a criação de fatos institucionais sem perder contato com elementos realidade externa o que evita, em termos jurídicos, um normativismo exacerbado. Ademais, os fundamentos das posições generalizadora e individualizadora são insuficientes para a escolha de uma ou outra posição.

A culpabilidade consiste em fato institucional. Deste modo, ao atribuir uma função a um determinado fato bruto cria-se a culpabilidade. As funções atribuídas ao fato bruto são aquelas que historicamente estão relacionadas à culpabilidade quais sejam: a subjetivação da responsabilidade penal e a limitação do poder do Estado por meio das teorias da pena.

O fato bruto que dá sustentação à culpabilidade enquanto fato institucional não pode ser um fato bruto físico. Assim, o fato bruto que dá origem à culpabilidade deve ser um estado mental.

O estado mental que dá origem à culpabilidade nos delitos culposos deve estar relacionado ao dever de cuidado. Nesse sentido, o estado mental diz respeito à cognoscibilidade do dever de cuidado.

A cognoscibilidade do dever de cuidado somente pode ser aferida a partir da capacidade e conhecimentos do agente diante de determinada atividade. Por esta razão, as condições pessoais do agente nos delitos culposos devem ser avaliadas na culpabilidade.

Sobre a estrutura do tipo culposo, observa-se que, devido à grande influência do finalismo de Welzel, a doutrina majoritária adota os seguintes elementos: inobservância do dever de cuidado; resultado proibido, vínculo normativo entre a violação do dever de cuidado e o resultado e a previsibilidade.

O desenvolvimento e aceitação da teoria da imputação objetiva implica na alteração da estrutura do tipo culposo. Diante das diversas formas de relacionar

a teoria da imputação objetiva com o tipo culposo, defende-se que a teoria da imputação objetiva deve substituir os elementos tradicionais do tipo culposo.

A teoria da imputação objetiva absorve os elementos tradicionais do delito culposo com mais precisão. Esta posição, inclusive, guarda coerência com a análise das condições pessoais do agente na culpabilidade.

No que tange à posição sistemática das condições pessoais do agente nos delitos culposos, existem três posições: a generalizadora, a individualizadora e a mista.

Para a posição generalizadora, as condições pessoais do agente devem ser utilizadas na culpabilidade e não na tipicidade. Nesse sentido, a posição generalizadora se vale de um agente modelo para balizar a tipicidade culposa. Diversos são os critérios para a determinação do agente modelo: homem médio e suas variações, *o homo eiusdem*, a máxima ciência e experiência e outros.

A posição generalizadora é fundamentada no caráter geral e abstrato da norma penal. Assim, considerando que a norma é geral e abstrata utilizar as condições pessoais do agente para aferir a tipicidade culposa significaria que a norma deixaria de ser geral e seria específica.

A teoria da norma não é um fundamento válido para a posição generalizadora. Isso porque, a norma penal continua sendo geral e abstrata independente da utilização das condições pessoais do agente. Os adeptos da posição generalizadora não fazem a distinção entre norma penal e regra de cuidado.

Para a posição individualizadora, as condições pessoais do agente são utilizadas no tipo penal para individualizar a regra de cuidado e/ou a previsibilidade subjetiva.

A posição individualizadora, assim como a posição generalizadora, é fundamentada na teoria da norma. Ocorre que, os defensores da posição individualizadora, de um modo geral, defendem que a norma penal é dirigida àqueles que podem se motivar. Por esta razão, as condições pessoais do agente devem ser utilizadas na tipicidade.

A posição individualizadora além de esvaziar o conceito de culpabilidade, não fornece as melhores soluções dogmáticas para o erro sobre o dever de cuidado.

Adota-se na presente tese a posição generalizadora, todavia com fundamento original que é a aplicação da tese de Searle sobre a criação dos fatos institucionais. Deste modo, as condições pessoais do agente no delito culposos devem ser avaliadas na culpabilidade.

A culpabilidade não pode ser presumida a partir da prática de um injusto penal. De modo que, seus elementos devem ser avaliados concretamente no caso específico e levando em consideração as condições pessoais do agente.

Considerando que o fato bruto que dá suporte à culpabilidade é cognoscibilidade do dever de cuidado, os elementos para a aferição da culpabilidade nos delitos culposos são diferentes daqueles utilizados para aferição da culpabilidade nos delitos dolosos, ou , como ocorre com a imputabilidade tem um conteúdo diferente.

O conteúdo da imputabilidade nos delitos culposos é diferente da imputabilidade nos delitos dolosos. O que deve ser avaliado nos delitos culposos é se o agente, segundo suas características biopsicológicas, pode conhecer o dever de cuidado. Nesse sentido a imputabilidade é mais restrito do que nos delitos dolosos e a inimputabilidade mais ampla.

No que tange aos delitos culposos a *actio libera in causa* é desnecessária. Nos delitos culposos, no caso de embriaguez, a avaliação da conduta ilícita já ocorre em momento anterior ao resultado típico.

A previsibilidade subjetiva do resultado consiste em elemento inadequado para a aferição da cognoscibilidade do dever de cuidado pois não atende ao princípio da precaução além de transportar para a culpabilidade problemas referentes à aferição do nexo de causalidade.

A possibilidade de conhecer a situação de risco é o primeiro critério para a aferição da cognoscibilidade do dever de cuidado. A possibilidade de conhecer a situação de risco é aferida considerando a presença dos sinais de alarme e se o agente teve contato com os referidos sinais.

Uma vez sendo possível conhecer a situação de risco é necessário avaliar se o agente poderia conhecer a regra de cuidado. A aferição da possibilidade de conhecer a regra de cuidado é feita através do critério do *Homo eiusdem*.

O déficit intelectual/cultural do agente é importante elemento para a aferição da cognoscibilidade da regra de cuidado. Todavia, se o aludido déficit é exclusivamente individual ou pertencente à determinado grupo tal circunstância é avaliada para delimitar a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição.

A culpa por assunção não deve ser utilizada pois a utilizações de presunções implica na não avaliação das condições pessoais do agente, ignorando, por completo, o estado mental que dá suporte à culpabilidade nos delitos culposos.

Não se admite na avaliação da culpabilidade nos delitos culposos a existência de um dever geral de informação. O que de fato existe é um dever específico de informação que é derivado do caso concreto e é utilizado, assim como o déficit intelectual/cultural, para delimitar a evitabilidade ou inevitabilidade do erro de proibição.

O erro quanto ao dever de cuidado deve ser tratado como erro de proibição. Sendo que, o dever de informação e o déficit intelectual/cultural são elementos para a aferição da evitabilidade ou não evitabilidade do erro.

A possibilidade de agir conforme a regra de cuidado consiste em elemento da culpabilidade nos delitos culposos e a inexigibilidade de atuar conforme a regra de cautela é causa de exculpação.

## REFERÊNCIAS

ÁLAMO, Mercedes Alonso. *Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones*. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad. [Revista penal México, Nº. 14-15, 2018-2019](#), p. 9-45.

ALIMENA, Bernardino. *La colpa nella teoria generale del reato*. Palermo: Editora Priula, 1947.

Amianto. Instituto Nacional do Câncer. Publicado em 23/05/2022 14h23 Atualizado em 03/07/2023 17h32 Disponível em: Amianto — Instituto Nacional de Câncer - INCA (www.gov.br). Acessado em 20/01/2024.)

ANTOLISEI, Francesco. *Il rapport de causalita nel diritto penale*. Torino: Giapichelli, 1960, p. 314

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale - Parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1975.

ANTÓN, Tomas S. Vives. *Fundamentos do sistema penal*. 2. ed. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Tirant Brasil, 2022.

ANTÓN, Tomas S. Vives; ROSAL, Manuel Cobo del. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ARAÚJO, Marcelo. *John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico*. Filosofia Unisinos 11(2):163-175, mai/ago 2010.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livros VII e VIII. Tradução: Lucas Angioni. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.

ASÚA, Luis Jimenez de. *La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1976.

ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, Tomo I e VII, 1940.

BACIGALUPO, Enrique. *Culpabilidade y Prevención en la Fundamentacion de Derecho Penal Español Latinoamericano*. s.l., s.n., s.d., p. 20. Disponível em: <diaonet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf>. Acesso em: 02/07/2023.

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamentos de la teoria del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1974.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1996.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hamurabi, 2021.

BASILE, Fabio. Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa genérica. *Diritto Penale Contemporáneo*, 13 marzo 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, v. I, 2002.

BATTAGLINI, Giulio. *Diritto penale*. Trad. de Paulo José da Costa Júnior, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, Tomo I, 1973.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Trad. de Conrado Finzi. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1973.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade. Tratado de sociologia do conhecimento*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Editora Vozes. Petrópolis, 2004.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria General de los sistemas*. Trad. Juan Almela. México: Ed. Fondo de cultura econômica, 1989.

BETTIOL, Giuseppe. Culpa do agente e certeza do direito. Trad. Manuel da Costa Andrade. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 38. Lisboa, p. 415-427, 1978.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Pádova: Cedam, 1978.

BETTIOL, Giuseppe. Sobre o direito penal da atitude interior. Trad. Alberto Silva Franco e Paulo José da Costa Júnior. *Revista dos Tribunais*. v. 61, n. 442, p. 315-323, ago., 1972.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *El delito Imprudente*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2005.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. El limite entre dolo e imprudência (comentário a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 38, fasc. 3, p. 961-967, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões acerca da culpabilidade finalista na doutrina alemã. *Revista dos Tribunais*, v. 654/1990, p. 259-268, abr.1990.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BOULOC, Bernard. *Droit pénal général*. 22. ed. Paris: Dalloz, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise dogmática e no Direito penal brasileiro. *Revista de Ciências Penais*, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez., 2004.

BRASIL. Código de Ética Médica .Resolução CFM nº 22 17 de 27/9/2018. Disponível em: [cem2019.pdf \(cfm.org.br\)](#)

BRASIL. Decreto Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940. *Código penal brasileiro*. Disponível em: [DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](#).

BRASIL. Decreto lei 1.001 de 21 de outubro de 1969. *Código penal militar*. Disponível em: [DEL1001 \(planalto.gov.br\)](#).

BRASIL, Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997. *Código trânsito brasileiro*. Disponível em: [L9503Compilado \(planalto.gov.br\)](#).

BRASIL. Norma regulamentadora 01 do Ministério do Trabalho. Disponível em: [Norma Regulamentadora No. 1 \(NR-1\) — Ministério do Trabalho e Emprego \(www.gov.br\)](#)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 186.451/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe de 12/6/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 154.359/RJ, relator Ministro Olindo Menezes. Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 23/6/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0001935-24.2014.8.24.0040, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 13-10-2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão 801147, 20110110036630APR, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 3/7/2014, publicado no DJE: 11/7/2014. Pág.: 155.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70053655197, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em: 11-09-2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG - Apelação Criminal 1.0713.09.089624-0/001, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/05/2022, publicação da súmula em 17/05/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR - 1ª Câmara Criminal - 0036699-05.2015.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON COUTINHO DE CAMARGO - J. 23.11.2018).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1266064, 00132775420138070003, Relator: JAIR SOARES, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/7/2020, publicado no DJE: 29/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG - Apelação Criminal 1.0498.13.002491-8/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/10/2021, publicação da súmula em 27/10/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG, Apelação Criminal 1.0079.11.006699-4/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/1/2013, publicação da súmula em 5/2/2013).

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG - Apelação Criminal 1.0628.18.001957-0/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/08/2021, publicação da súmula em 01/09/2021).

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo sobre a consciência da ilicitude*. Porto Alegre: Núbia Fabris Editora, 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, tomo I e II, 1967.

BRUSCO, Carlo. Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”. *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche 2012*. Ed. ETS.

BUONICORE, Bruno Tadeu. A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 163/2020, p. 61-104, jan. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BUSATO, Paulo César (organizador). Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista Liberdades*, nº 08, p. 45–87. São Paulo, 2011.

BUSATO, Paulo César (organizador). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo César. Valoração crítica da actio libera in causa a partir de um conceito significativo de ação. *Revista de Estudos Criminas*, Porto Alegre, vol. 3, n. 10, p. 61-81, 2003.

CABRERA, Michelle Girona. A função político-criminal do Direito Penal como idéia fundante do sistema analítico de crime e o impacto nos crimes culposos. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 10, p. 183-198, jan./jun. 2014.

CAIEIRO, Pedro; SANTOS, Cláudia. Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: Tipo-de-ilícito negligente. Unidade criminosa e concurso e concurso de crimes. Princípio da culpa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 6, p. 127-142, 1996.

CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Libería Bosch, 1929.

CAMARGO Y MARIN, César. Concepto psicoanalítico de la imprudência. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 3, fasc.1, p. 290-320, 1950.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo. Sugestões Literárias 1994.

CANEPA, Andrea. *L'imputazione soggettiva della colpa*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

CANEPA, Andrea. L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 53, n. 2, 2010, p. 657-699.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte geral. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CASTALDO, Andrea R. *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*. Napoli: Jovene Editore, 1989.

CASTRONUOVO, Donato. La colpa "penale": misura soggettiva e colpa grave. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 56, n. 4, 2013, p. 1723-1759.

CASTRONUOVO, Donato. L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 54, n. 4, 2011, p. 1594-1645.

CASTRONUOVO Donato. *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del «penale» nella giurisprudenza della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

CEREZO MIR, José. "Culpabilidad y pena". *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1982.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte general*. 4. ed. Madrid: Tecnos, v. I, II e III, 2004.

CEREZO MIR, José. El concepto material de culpabilidad. *Revista peruana de ciencias penales*, año III, n. 6. Lima: GC Ediciones, 1995.

CEREZO MIR, José. El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, tomo 36, fasc./mes 3, 1983, p. 471-504.

CIRINO, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CIVELLO, Gabrielle. Quaestio disputata: sulla colpa penale come vizio della volontà. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 59, n. 3, 2016, p. 1318-1352.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Luiz Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CORRÊA, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 51/2004, p. 207-235, nov./dez. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COSTA JR., Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

CRUZ, Alex van Weelzel de la. Parametro para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado em los delitos imprudentes. *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho - Pontificia Universidade Católica de Chile, v. 26, n. 2, p. 323-336, 1999.

CUPELLI, Cristiano. Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 57, n. 1, 2014, p. 225-245.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DE FRANCESCO, Vítório. Sulla misura soggettiva della colpa. *Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, [S. I.], v. 30, p. 273–343, 2021. DOI: 10.14276/1825-1676.822. Disponível em: <https://journals.uniurb.it/index.php/studi-A/article/view/822>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

DEL ROSAL, Juan. La profesionalidad de la culpa penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, v. 12, fasc. 1, p. 107-109, 1959.

DESPORTES, Frédéric; GUNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. 6. ed. Paris: Economica, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*. T. I 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DOMINGUES, José Maurício. *A sociologia de Talcott Parsons*. Coimbra: Annablume, 2012.

DONINI, Massimo. *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Ed. Giuffrè. Milano: 2004.

DONINI, Massimo. L'elemento soggettivo della colpa. Grazie e sistemática. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1, Gennaio-Marzo 2013. Milano: Giuffrè Editore, 2013.

DONINI, Massimo. *Prassi e cultura del reato colposo*. Direito penale contemporâneo. Maio de 2019. Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6673-prassi-e-cultura-del-reato-colposo>. Acesso em: 20 de julho de 2021.

DONINI, Massimo. Responsabilità e pena de Kant a Nietzsche. La ricostruzione del rimprovero. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Anno LXIII, fasc. 4, 2020. Milano: Giuffrè Editore, 2020.

DOTTORI, Ariel O. *La ontología de lo social: Una aproximación a partir de John Searle*. Tesis de posgrado. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. En Memoria Académica. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1100/te.1100.pdf>.

DREYER, Emmanuel. *Droit penal général*. Paris: Litec, 2011.

DURKEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHANDÌA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. Bogotá: Temis, 1999.

ENGISCH, Karl. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2008.

ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires-Montevideo: I B de F, 2006.

FEIJOÓ, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudência*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2001.

FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial trota, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. Luiz Flávio Gomes e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. *La Scuola Criminal Positiva*. Napoli: Enrico Detkenlibraio-editore, 1885.

FERRI, Enrico. *Princípio de direito criminal*. Trad. Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2003.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.

FIANDACA, Gionani; MUSCO, Enzo. *Diritto penale - Parte generale*. 3. ed. Bolonha: Zanicheli Editore, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA. Code Pénal. Disponível em : [Code pénal - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](http://codepenal.legifrance.gouv.fr). Acessado em 01 de outubro de 2023.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. Gustavo Ebuado Aboso e Tea Low. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. Gustavo E. Aboso. Buenos Aires: IB de F, 2006.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

GALLUCCIO, Alessandra. Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. *Diritto Penale Contemporaneo*. 1/2014. Disponível em: [DPC Trim 01 2014-195-219.pdf \(criminaljusticenetwork.eu\)](http://dpc.criminaljusticenetwork.eu). Acessado em : 20/10/2023.

GALVÃO. Fernando. *Direito penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GALVÃO. Fernando. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33/2001, p. 101–120, jan./mar. 2001.

GIUNTA, Fausto. *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*. Padova: Cedam, 1993.

GIUNTA, Fausto. Le condizione di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento. *Rivista penale*. Disponível em: <https://discrimen.it/le-condizioni-di-doverosita-della-regola-cautelare-e-il-loro-riconoscimento>.> Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

GIUNTA, Fausto. Maxima culpa. *In: La giustizia penale*. Novembre de 2016. Fascicolo XI.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo c. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2002.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 32/2000, p. 120-163, out./dez. 2000.

GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Milão: Giuffrè, v. I e II, 1950.

GROTTO, Marco. *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*. Torino: Giappichelli Editore 2012.

GUANAIS, Oliveiros. Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 169/2020, p. 81-116, jul. 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GUARINIELLO, Raffaele. Tumori professionali da amianto e responsabilità penale (Nota a Cass., Sez. IV, 11 luglio 2002, Macola), in *Foro it.*, 2003, II, 324. Site da revista: [Foroplus – La banca dati de Il Foro Italiano](#)

GUNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24/1998, p. 79-92, out./dez. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 100/2013, p. 211-225, jan./fev. 2013. São Paula: Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo e responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Mariadel Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HILGENDORF, Eric; VAERIUS, Brian. *Direito Penal*. Parte geral. Trad. Orlando Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal. Trad. Eduardo Demétrio Cresp. In *Neurociências y derecho penal*. Eduardo Demétrio Cresp (org.). Buenos Aires: IB de F, 2013.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la teoría de la imputación objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 50/2004, p. 9-37, set./out. 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 43/2003, p. 11-30, abr./jun. 2003.

HIRSCH, Hans Joachim. Sobre lo Injusto del delito Imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 16, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la actio libera in causa. *Revista Penal*, Barcelona, n. 7, p. 67-75, jan. 2001.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, II, III, VI, VII e VIII, 1978.

HUNGRIA, Néelson. O tecnicismo jurídico penal. *In Questões Jurídico-Penais*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1940.

ITÁLIA. Regio decreto n. 1398 , 19 de outubro de 1930. *Codice penale*. Disponível em: [Gazzetta Ufficiale](#).

ITÁLIA. Testo unico per la sicurezza sul lavoro. Il testo del D.Lgs. n. 81/2008 aggiornato al D.Lgs. 24 novembre 2023, n. 192. Disponível em: [Testo unico per la sicurezza sul lavoro \(altalex.com\)](#).

ITÁLIA. Corte di cassazione. Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, in Cass. pen., 2009, 4298.

ITALIA. Corte di cassazione .Cass, Sez IV, 23 giugno 2004, n 401883

JAKOBS. Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS. Günther. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Trad. Joaquim Cuelo Contreras e José Luiz Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. El principio de culpabilidad como fundamento y limite de la punibilidad en el derecho alemán e español. *Cuaderno del instituto vasco de criminología San Sebaatian*. n. 09, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial, 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidade jurídico penal e Estado Democrático de Derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 78/2009. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. Trad. MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Montevidéo e Buenos Aires: Editorial IB de F, 2011.

KOHLER, Michael. La imputación subjetiva: estado de la cuestión. *In Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Cadernos Civitas, 2002.

KÖSTER, Mariana Sacher. La nueva jurisprudencia alemana sobre la figura de la actio libera in causa. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 301-308, ago. 1997.

LASHERAS, Rodrigo Guijaro. La literatura em la ontologia social de John Searle. *Revista de Literatura*, 2016, enero-junio, v. LXXVIII, n. 155, p. 11-36, ISSN: 0034-849X doi: 10.3989/revliteratura.2016.01.001

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal? Violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição. *Revista dos Tribunais*, v. 922/2012, p. 323-340, ago./2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIBET, BW. *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential)*. Brain, 1983.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. T. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. Editores, 1899.

LOEBENFELDER, Carlos Kunsemuller. *Culpabilidad y pena*. Santiago-Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

LÓPEZ, Ángel Torío. El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 33, fasc./mes 1, 1980, p. 79-92.

LÓPEZ, Ángel Torío. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 27, fasc./mes 1, 1974, p. 25-60.

LÓPEZ, Ángel Torío. Sobre los límites de la ejecución por imprudencia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 25, fasc./mes 1, 1972, p. 53-88.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Trad. Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Antrhopos-Universidad Iberoamericana, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. di G. Corsi. Editora Bruno Mondadori. Milano, 1998.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. A culpabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 73, p. 273-291, 1978.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUNA, Everardo da Cunha. *O resultado no direito penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Raul. *A culpa no direito penal*. São Paulo. Encadernação João J. de Moraes, 1943.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, v. II, 1972.

MAINWALD, Manfred. Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 61, n. 1, 2018, p. 1-20.

MANALICH, Juan Pablo. La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciências Penales*, sexta época, v. XLII, n. 3. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 54, n. 2, 2011, p. 414-427.

MARINI, Luca. *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*. Cedam. Padova, 2004.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale*. Parte generale. Milão: Giuffrè, 2001.

MARINUCCI, Giorgio La responsabilità colposa: teoria e prassi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 55, n. 1, 2012, p. 1-18.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Milenium, v. I, 2002, p. 73.

MATURANA, H.R., VARELA. F.J. Biologia do fenômeno social. *In A ontologia da realidade*. Trad. Miriam Garciano. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

MATURANA, H.R.; VARELA, F.J. *De máquinas y seres vivos*. Santiago: Editorial Universitária, 1972.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. Parte general. 1. Trad. Jorge Bofil e Enrique Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio. La teoría de la imputación objetiva, Claus Roxin y américa latina: presente y futuro. *Libertas - Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 5, 2016 (número monográfico extraordinário).

MELIÁ, Manuel Cancio. *Líneas básica de la teoria de la imputación objetiva*. Mensoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2001.

MELLO, Lydio Machado Bandeira. Fundamentos psicológicos da teoria do dolo e a culpa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 4, p. 145-151, 1952.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova pena*. Coimbra: Almedina, 2019.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Libro de Estudio. Parte General. Buenos Aires: Editoria Bibliográfica Argentina, 1958.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de derecho privado, tomo II, 1949.

MEZZETTI, Enrico. Colpa per assunzione. In Sergio Vinciguerra e Francesco Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, p. 513-536. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In *Direito Penal Contemporâneo*. Coordenação Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo em derecho penal. *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*, 2005, n. 07-18, p. 18:1-18:24.

MONTEALEGRE, Eduardo LYNETT. *El funcionalismo em derecho penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MONTENEGRO, Lucas. RENZIKOWSKI, Joachim. Liberdade embriagada? Actio libera in causa, versari in re illicita e a regra do art. 28, II CP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 166/2020, p. 63-82, abr. 2020 DTR\2020\3818

MOURA, Gregore. *Do princípio da coculpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.

NAHUM, Marco Antônio. *Inexigibilidade e Conduta Diversa*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001

NAVARRETE, Miguel Polaino. *Fundamentos Dogmáticos del moderno Derecho Penal*. Cidade do México: Porrúa, 2001.

NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

NIESE, Werner, La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco, in *Jus*, 1951, I, 267.

NOGUERA, José Antônio. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, ISSN 0210-5233, n. 99, 2002.

NUVOLONE, Pietro. *O Sistema do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

ORDEIG, Enriqie Gimbernat. Tiene futuro la dogmática penal? In: ORDEIG, Enriqie Gimbernat. *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

ORSINA, Amalia. *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*. Ed. Giappichelli. Torino, 2015.

PADOVANI, Tulio. *Diritto penale*. X edizione. Milão: Giuffrè, 2013.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milão:Giuffrè, 1993.

PALAZZO, Francesco C. *Corso di diritto penale*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

PALAZZO, Francesco C. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle deggipenali. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão: Giuffrè abr./jun. 1998. fasc. 2.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gerson Pereira do Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PALMA, Alessandra. *Paradigmiascrittivi della responsabilità penal en el l'attività médica plurisoggettiva: traprincipiodiaffidamento e doveredi controllo*. Napoles. Jovene, 2016.

PANAIN, Remo. *Manuale di diritto penale*. 4. ed. Torino: UnioneTopografico-Ediotrice, 1967.

PARDOS, Mariano Mellendes. *Necessidad de pena, querer y poder*. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad em Gimbernat. Direito penal contemporâneo. Estudos e homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62-70.

PARSONS, Talcott. *El Sistema social*. Trad. José Cazorla Pérez, Jiménez Blanco. Madrid: ALIANZA EDITORIAL, 1999.

PERIN, Andrea. *Prudenza, doverediconoscenza e colpapenale. Proposta per un metodo di giudizio*. Napoli: Editoriale Scientifica 2020.

PERINI, Chiara. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Ed. Giuffrè. Milano, 2010.

PISANI, Nicola. *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*. Naples: Jovene, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUPPE, Ingenborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura e función en la sociedad primitiva*. Trad. Angela Perez. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, 1986.

RAMACCI, Fabrizio. *A cura di, I delitti di percosse e di lesioni*. Torino: G. Giappichelli, 1998.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2001.

RAMÍREZ, Juan Bustos; LARRAURI, Elena. *La imputacion objetiva*. Colômbia: Temis, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO: Thaísa Bernhardt Ribeiro. *Culpabilidade e função. Análise crítica da teoria da culpabilidade na obra de Gunther Jakobs*. Dissertação de mestrado presente na Faculdade de Direito da USP. Disponível em: (Microsoft Word - DISSERTA\307AO COMPLETA) (usp.br)

RIPOLLÉS, Antônio Quintano. *Derecho penal de la culpa*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1958.

RIVACOBBA, Manuel de Rivacoba y. Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica Penal*. Editorial IB de F. Buenos Aires: 2001.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Editora D'Plácido. Belo Horizonte, 2016.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38/2002, p. 11–31, abr./jun. 2002.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Intituto editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Pena e outros. Madrid: Civitas, tomo I, 1999.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 65/2007, p. 9-25, mar./abr. 2007.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. La asequibilidad normativa como critério de culpabilidad. Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 70, fasc. 01, p. 09-26.

ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 35/2001, p. 13-27, jul./set. 2001.

ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: De Palma, 1979.

RUDOLPHI, Hans Joachim. A consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre culpa e prevenção. Trad. Maria Fernanda Palma. *Direito e Justiça*, v. 3, p. 83-110, 1987/1988.

SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. História, teoria e metodologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. La culpabilidad jurídico-penal em el Estado democrático de derecho. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 65, fasc./mes 1, 2012, p. 99-125.

SANTANA, Selma Pereira. *A culpa temerária. Contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SANTANA, Selma Pereira. *Escritos de Direito Penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O livre-arbítrio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 72-73.

SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad estado de la cuestión. *In Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cadernos Civitas, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca. Milão: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990.

SEARLE, John R. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Trad. Luis M. Valdes Villanueva. Barcelona: Editorial Planta De Agostini, 1994.

SEARLE, John R. *Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*. Trad. Juan Bostelmann. Barcelo: Paidós, 2010.

SEARLE, John R. *La construccion de la realidad social*. Trad. Antônio Domenech. Barcelona: Paidós, 1995.

SEARLE, John. «Reply to critics of The Construction of Social Reality», *History of the Human Sciences*, v. 10, n. 4, nov. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1992.

SPENCER, Herbert. *Princípios de sociologia*. T. II. Trad. Eduardo Cazorla. Madrid: Saturnini Calleja, 1883.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra, Civitas, 2000.

STRUENSEE, Eberhard. El tipo subjetivo del delito imprudente. Trad. Joaquím Cuello Contreras. *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, v. 40, fasc. 2, p. 423-449, 1987.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.117.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VALBONESI, Cecília. *Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa*. Florença: Firenze University Press, 2014.

VALBONSE, Cecília. Ciência e risco fra prevedibilità dell'evento e predittività della decisione giudiziaria. *Revista de Estudios Jurídicos* nº 20/2020 (Segunda Época) ISSN-e 2340-5066. Universidad de Jaén (España). Disponível em: [jnrobles,+16.+Cecilia+VALBONESI+-+Ciencia+e+rischio+REV \(2\).pdf](#). Acessado em 08-06-2024.

VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VERO, Giancarlo De. Dolo eventuale e colpacosciente: un confine tuttora incerto Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 58, n. 1, 2015, p. 77-94.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

WELSSELS, Johannes. *Direito penal. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Safe, 1975.

WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque De palma, 1956.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à teoria finalista da ação*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WOLF, Erick. *Las categorías de le tipicidad*. Trad. Maria Del Mar Carrasco Andrino. Valência: Tirant lo Blanch, 2005.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. I e II, 4. ed. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 28/1999, p. 56-71, out./dez. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.