

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAROLINA BALDAN DA SILVA



**A INCOMPATIBILIDADE DA PUNIBILIDADE DA CULPA INCONSCIENTE COM  
UM DIREITO PENAL MÍNIMO**

CURITIBA

2016

CAROLINA BALDAN DA SILVA

**A INCOMPATIBILIDADE DA PUNIBILIDADE DA CULPA INCONSCIENTE COM  
UM DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CAROLINA BALDAN DA SILVA

### **A INCOMPATIBILIDADE DA PUNIBILIDADE DA CULPA INCONSCIENTE COM UM DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha  
Orientador

---

Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino  
Primeiro membro

---

Prof. Mestre Flávio Bortolozzi Júnior  
Segundo membro

Curitiba, 28 de novembro de 2016.

*À todos que não viveram só para si e  
deixaram sua marca no mundo, em especial,  
aos que utilizaram o direito como um  
instrumento de transformação social.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família, por toda a compreensão durante minha graduação, especialmente aos meus pais, pelo apoio incondicional, por toda a dedicação, cuidado, carinho, amor, preocupação, por tudo que sempre fizeram por mim e por serem meu porto seguro.

Ao meu querido orientador e professor pelo tempo dedicado a me auxiliar, pela calma que me transmitiu para a realização desta monografia e pela motivação que me deu, não apenas para escrever sobre um tema desafiador, mas também para persistir no mesmo quando tive dificuldades e dúvidas, o que teria sido muito difícil sem seu apoio. Agradeço imensamente pela brilhante orientação que recebi.

Aos meus professores, pelo papel crucial desempenhado na minha formação e por todos os preciosos ensinamentos desde o início da graduação que transformaram minha forma de observar os acontecimentos sociais e o papel que o direito deve desempenhar na sociedade. Nunca terei palavras para expressar o quão grata sou e o carinho que tenho por eles. Só tenho a dizer que eles fazem a diferença no mundo e que para sempre os guardarei em um lugar especial em meu coração.

Aos meus amigos, pelo apoio, paciência e compreensão, principalmente pelas inúmeras vezes que deixei de comparecer a algum encontro por ter que estudar para alguma prova ou fazer trabalhos da faculdade. Agradeço imensamente por terem permanecido ao meu lado.

Ao Lucas, pelo companheirismo, por sempre me ouvir e estar ao meu lado, por todo o apoio, compreensão e motivação, bem como por confiar no meu potencial e por sempre vibrar com minhas conquistas como se suas fossem.

Ao pessoal do trabalho pela ajuda e amizade, por me emprestarem seus ouvidos pelas tantas vezes que falei sobre coisas da faculdade que me afligiam ou me emocionavam e, principalmente, por toda a compreensão com as necessidades da faculdade durante o período de estágio. Todo esse apoio foi, sem dúvidas, fundamental para a conclusão da minha graduação.

Ao Doutor Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, que apesar de não me conhecer, gentilmente me enviou partes de sua tese para a realização de consulta bibliográfica, em meio a imensa dificuldade que tive em encontrar bibliografia

específica sobre o tema, atitude que, certamente, ajudou em muito na realização de meu trabalho.

Às minhas amigas da faculdade, por compartilharem das mesmas angústias da graduação, pelo comprometimento nos trabalhos em grupo, pelo apoio e pelas inúmeras horas de conversas e risadas no café que certamente tornaram essa fase da vida mais simples e feliz.

Ao meu sobrinho, Heitor, de apenas dois anos de idade, pela graça de sua vida, pela pureza e inocência de criança que deixam meus dias mais leves e me mostram o motivo pelo qual precisamos lutar para um mundo melhor, ainda que nossas gerações não tenham tempo de usufruir de caras conquistas.

À Praça Santos Andrade e ao lindo Prédio Histórico – maior expressão de ensino público de qualidade –, que me acolheram e me deram a oportunidade de estudar em uma das melhores universidades do país, um lugar tão rico de ideias e plural que me mostrou que o crescimento profissional e o pessoal devem caminhar juntos.

Ao ensino público que me seguiu durante toda minha vida e me comprovou que nenhum sonho é impossível e à sociedade brasileira, que me permitiu a realização deste sonho, com a qual terei uma dívida eterna. Nunca me esquecerei, em minha atuação profissional, que é a ela quem o direito deve servir.

Por fim, aproveito a oportunidade para agradecer e homenagear meu cãozinho Fred, falecido no dia 20 de novembro deste ano, pelo amor mais puro e incondicional que já conheci, pela fidelidade, por todo o companheirismo e amizade sincera durante esses dez anos. Aprendi com ele que cães amam com todo o coração, sem mágoas e sem rancores, apenas amam. Ele deixará marcas eternas em nossos corações. Sentirei muitas saudades.

*“Quem come do fruto do conhecimento, é sempre expulso de algum paraíso.”*

*Melanie Klein*

## RESUMO

O presente trabalho busca debater a chamada “culpa inconsciente” que, ante sua complexidade, entende-se que merece maiores discussões e uma análise mais aprofundada ao revés do que muitos manuais costumam apresentar. Neste sentido, propõe-se, uma leitura mais crítica da supracitada modalidade culposa, que sofre os mais intensos reflexos pelas incertezas, abstrações e dificuldades de comprovação de alguns pressupostos para sua punibilidade que, ainda que não digam respeito apenas ao campo da culpa inconsciente, revelam-se de maneira mais prejudicial quando se fala da mesma. Tal situação acaba por gerar a necessidade de questionamentos mais profundos acerca de sua punibilidade, bem como da necessidade para tal pela ótica do tão almejado direito penal mínimo. Pretende-se demonstrar, no presente trabalho, que se diversas posições são possíveis, devemos nos recordar que o direito penal de um Estado Democrático de Direito não deve pretender punir condutas sobre as quais parem tantas incertezas acerca de seus fundamentos, sob pena de estarmos mais preocupados em dar uma resposta do que encontrar uma solução.

Palavras-chave: Culpa inconsciente. Incerteza de pressupostos. Direito penal mínimo.



## **ABSTRACT**

This paper seeks to discuss the so-called "unconscious guilt" that, given its complexity, it is understood that deserves further discussion and further analysis in reverse than many textbooks usually show. In this regard, it is proposed a more critical reading of the aforementioned guilt genre, which suffers the most intense reflections by uncertainties, abstractions and difficulties to prove some of its assumptions for their criminal punishment that, although not only concern the field of unconscious guilt, reveals itself in a more harmful way when speaking of it. This situation ends up generating the need for more profound questions about their criminal punish ability as well as the need for its approach from the perspective of the desired minimum criminal law. It is intend to demonstrate in this work that, if several positions are possible, we should remind ourselves that the criminal law of a Democratic State of Law should not want to punish conducts over which are so many uncertainties about its foundations, under penalty of being more concerned to give an answer than finding a solution.

Keywords: Guilt unconscious. Uncertainty assumptions. Minimum criminal law.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b> .....	10
<b>2. A noção de culpa inconsciente</b> .....	12
2.1. A noção de “culpa” e de “crime culposo” .....	12
2.1.1. Dever de cuidado .....	19
2.1.2. Princípio da Confiança .....	26
2.2. A noção de culpa inconsciente .....	28
<b>3. Princípio da Culpabilidade</b> .....	33
3.1. Considerações históricas .....	33
3.2. Importância teórica .....	38
3.3. Efeitos no direito penal .....	50
<b>4. Posições possíveis</b> .....	57
4.1. Pela culpabilização .....	57
4.2. Pela não culpabilização .....	62
4.3. Culpa inconsciente pela ótica do direito penal mínimo .....	71
<b>5. Conclusão</b> .....	81
<b>Referências</b> .....	85

## 1. Introdução

Sabe-se que o conceito analítico de crime o classifica como uma conduta típica, antijurídica e culpável. Típica porque requer uma conduta prescrita em lei, antijurídica porque, não bastando o requisito anterior, deve ser contrária ao direito e, por fim, culpável porque, embora seja prescrita em lei e contrária ao direito, nem sempre será passível de imputar responsabilização penal ao indivíduo, na medida em que a conduta, por este requisito, precisa ser pessoalmente reprovável ao sujeito.

Nesse sentido, a culpabilidade possibilita a atribuição de responsabilidade pessoal ao indivíduo que cometeu um crime e, conforme veremos, este elemento sofreu diversas reformulações ao longo dos séculos, sendo que, até hoje, não há um consenso acerca de seus fundamentos, bem como há dificuldade de comprovação científica de alguns de seus elementos, embora se aceite, de um modo geral, que ela consiste em um pré-requisito para a imputação de pena, por ser compreendida como um limite ao poder punitivo estatal frente à responsabilização do indivíduo, ao mesmo tempo em que se fala de uma crise do princípio da culpabilidade.

Não é forçoso afirmar que a culpabilidade é considerada o elemento mais controverso e complexo do crime e, conforme ressaltado por Ferrajoli, se trata do “problema sem dúvida mais complicado da filosofia do direito penal”.<sup>1</sup> Talvez não o seja assim somente pela dificuldade de comprovação empírica de seus elementos que acarretam em inúmeras divergências doutrinárias, mas também por consistir em uma condição para a punibilidade em quaisquer casos contrários ao direito e por envolver questões subjetivas, para além da mera simplicidade em se classificar um fato como típico e contrário ao direito.

Conforme veremos, disso decorre que existem diversas posições contrapostas neste campo, bem como que as mencionadas incertezas e dificuldade na comprovação dos elementos da culpabilidade se potencializam no âmbito da culpa inconsciente. Do mesmo modo, tais problemas também se projetam nos delitos culposos, fragilizando, ainda mais a estrutura da culpa inconsciente.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. rev. e atual. Tradução por Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 393.

Desse modo, num momento inicial, trataremos de diversas colocações acerca da noção de culpa e de crime culposos, bem como apresentaremos algumas posições a respeito do conteúdo do dever de cuidado, ressaltando a importância do mesmo na estruturação dos delitos culposos, aprofundando, ainda, o estudo acerca da compreensão da culpa inconsciente.

Posteriormente, demonstraremos a evolução histórica do princípio da culpabilidade com todas as dificuldades desse processo e, evidenciaremos a importância do referido princípio em seus diversos aspectos, que desempenham função integrada na limitação do poder punitivo estatal frente ao indivíduo, orientado pelo princípio da dignidade humana num Estado Democrático de Direito.

Por fim, apresentaremos posições em sentidos diversos, não apenas contrárias e favoráveis à imputação penal ou à congruência da culpabilidade na culpa inconsciente, mas entendimentos contra e a favor que divergem entre si, a fim de demonstrar que, se ambas as posturas são possíveis, nossa escolha deve ser pautada num direito penal mínimo.

A proposta desse trabalho consiste, portanto, em instigar o leitor a questionar criticamente acerca dos pressupostos sobre os quais se ampara a culpa inconsciente nas estruturas da culpabilidade e dos delitos culposos, bem como sobre a forma com que a culpa inconsciente é impactada dentro de tais estruturas, desconsiderando a supervalorização do fator “resposta penal” em detrimento de uma leitura mais crítica e cética da necessidade da pena em tais casos, em consonância com o tão almejado direito penal mínimo, que não pode, ser desacreditado, ao menos, na própria academia, sob pena de possibilitarmos que justificativas político-criminais cessem quaisquer anseios de modificação de caráter prático, por não encontrarem guarida nem mesmo em ambiente acadêmico.

## 2. A noção de culpa inconsciente

### 2.1. A noção de "culpa" e de "crime culposo"

Bitencourt conceitua culpa como “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível.”<sup>2</sup> Já para Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista a culpa consiste em “uma programação defeituosa da causalidade por não responder ao cuidado devido, o que só se pode determinar quando se conhece qual era a finalidade da programação que acabou por causar o resultado.”<sup>3</sup>

De outro modo, para Jakobs a culpa configura-se como um erro, tendo em vista que a representação do agente e a realidade não são correspondentes, de forma que o erro encontra-se no fato de que o agente não percebe a realização do tipo.<sup>4</sup> Para ele, a culpa seria conceituada como um modo de evitabilidade em que não há o conhecimento atual do evitável.<sup>5</sup> Ademais, o autor entende que uma ação imprudente não consiste em um injusto porque seja cognoscível a realização do tipo, mas porque uma realização do tipo cognoscível é evitável, de forma que o dever não é de obter conhecimento, mas de evitar ações típicas cognoscíveis caso sejam antijurídicas.<sup>6</sup>

Importa ressaltar que a doutrina diverge na denominação dos delitos culposos. Nesse sentido, Mir Puig considera que a utilização do termo imprudência

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 371.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito penal brasileiro**: segundo volume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 323.

<sup>4</sup> De acordo com o autor: “La imprudencia es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto de error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos (...) En contraposición al error en la tentativa, en que el autor se imagina una realización del tipo que no se produce, el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar.” (JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal Parte General**: Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 380-381).

<sup>5</sup> Em suas palavras: “En definitiva, la imprudencia es, pues, aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse.” (Ibidem, p. 382).

<sup>6</sup> De acordo com o autor: “Por consiguiente, una acción imprudente no constituye injusto porque sea cognoscible la realización del tipo (el conocimiento sólo transforma la imprudencia en dolo, sino porque una realización del tipo cognoscible es evitable. No hay deber alguno de obtener conocimiento, sino sólo deber de evitar acciones típicas cognoscibles en el supuesto de que sean antijurídicas: esto último puede efectuarlo el autor obteniendo conocimiento o, cuando no merece la pena el empleo de su atención necesario para ello, omitiendo a ciegas.” (Ibidem, p. 381).

se revela mais vantajosa para facilitar a compreensão pelo leigo, bem como, para facilitar a distinção com a culpabilidade.<sup>7</sup>

Juarez Tavares prefere a denominação “negligência” ao invés de “culpa”, por entender que este conceito gera dificuldades de compreensão popular e confunde a negligência como omissão de cautela com a culpabilidade.<sup>8</sup> Por outro lado, a terminologia “negligência”, segundo o autor, seria melhor empregada, na medida em que o cerne dos fatos puníveis que ela caracteriza é constituído pela omissão do agente do cuidado exigível para executar determinada conduta.<sup>9</sup> O autor ainda afirma que a negligência apenas pode ser realizada por meio da omissão de um cuidado e, em certos casos, do resultado, na medida em que ela se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal mediante uma conduta perigosa e contrária ao dever de cuidado.<sup>10</sup>

Ademais, insta salientar que pairam divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica da culpa, sendo que, alguns autores a consideram como um elemento subjetivo, enquanto outros a compreendem como um elemento normativo do tipo.<sup>11</sup>

Os elementos subjetivos do tipo consideram a intenção do agente no momento da realização da conduta. Nesse sentido, Bitencourt afirma que tais elementos permitem a compreensão da conduta não apenas como um processo causal cego, mas dirigido a um fim por meio da vontade humana, sendo circunstâncias que, pertencendo ao campo psíquico-espiritual do autor, projetam-se sobre os elementos objetivos do tipo.<sup>12</sup> Tal intenção, no âmbito dos delitos culposos, ao contrário do que ocorre com os crimes dolosos, não é a de realizar uma conduta típica, mas possui, geralmente, uma finalidade lícita, entretanto, por defeito em sua execução, a conduta acaba dando consequência a um resultado típico e antijurídico. Trata-se de conduta voluntária e desatenciosa que produz resultado ilícito, mas previsível e evitável.

---

<sup>7</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposos**. 2ª ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 260-261.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 256.

<sup>11</sup> Nesse sentido Jakobs compreende a culpa como elemento subjetivo do tipo, enquanto Bitencourt e Tavares a entendem como elemento normativo.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 350.

Nesse sentido, a reprovabilidade não se dá pela realização do que o agente não desejava, mas pelo modo de atuação descuidado, isto é, pelos meios eleitos para a consecução de um fim irrelevante para o direito penal que geraram um resultado ilícito e indesejado. Acerca do tema, leciona Greco:<sup>13</sup>

Toda conduta, seja dolosa ou culposa, deve ter sempre uma finalidade. A diferença entre elas reside no fato de que na conduta dolosa, como regra, existe uma finalidade ilícita, e na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita. Na conduta culposa, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados.

Zaffaroni e Pierangeli ressaltam que o tipo subjetivo culposo é integrado por um aspecto volitivo e por um aspecto intelectual ou cognoscitivo. O primeiro consiste na vontade de realizar a conduta final e o segundo consiste na possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria para os bens jurídicos alheios, bem como, em prever a possibilidade do resultado de acordo com tal conhecimento, o que se denomina de previsibilidade.<sup>14</sup>

Mir Puig também divide a estrutura do delito imprudente em parte objetiva e parte subjetiva, sendo que a primeira diz respeito à infração da norma de cuidado e à lesão de um bem jurídico-penal e a segunda cuida do elemento positivo de o sujeito haver desejado a conduta descuidada e, do elemento negativo de não ter desejado cometer o fato resultante.<sup>15</sup>

Ressalte-se que, como veremos adiante, na culpa consciente poder-se-ia falar em um vínculo subjetivo entre o autor e o resultado por meio da previsão do resultado, enquanto que, na culpa inconsciente não se constataria a presença de tal vínculo, o que leva boa parte da doutrina a considerar a culpa como um elemento normativo do tipo.

De outro modo, para a análise da culpa como elemento normativo, importa apenas observar se o indivíduo agiu com o cuidado objetivo devido ao executar uma conduta que gerou lesão a um bem juridicamente tutelado, não sendo a culpa tratada, portanto, como elemento subjetivo ao lado do dolo. Aqui, a análise cinge-se a constatar se a conduta não diligente, causadora de resultado ilícito era previsível e

---

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 213.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, p. 463.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito...**, p. 244.

evitável pelo autor. Nesse sentido, preceitua Tavares acerca do papel secundário da vontade nos delitos culposos:<sup>16</sup>

O delito culposo é, por sua natureza normativa, um fato em que a intervenção do direito penal se faz através da punição de condutas descuidadas, mas não finalisticamente orientadas no sentido da produção de um resultado proibido. A vontade representa, aqui, unicamente papel secundário na investigação do tipo de injusto e da antijuridicidade, funcionando como determinante geral da conduta e não como dirigente do resultado típico.

O autor ainda salienta que não é recomendável a divisão entre tipo objetivo e subjetivo nos delitos culposos, tendo em vista que a relação volitiva final não interessa à realidade normativa, sendo que aqui se faz mero juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, diferentemente dos delitos dolosos em que se desenvolve o processo de imputação.<sup>17</sup>

Outrossim, ao avaliar a culpa, deve-se levar em conta qual era o comportamento objetivamente devido pelo sujeito para evitar a lesão ao bem jurídico, comportamento este exigido de todos os cidadãos em condições psíquicas normais e, de outro lado, também deve-se levar em conta as capacidades individuais do agente, a fim de se verificar se, de acordo com suas condições pessoais, era dele exigível conduta diversa.<sup>18</sup>

No que tange à noção de crime culposo, nosso código o define como aquele que gera resultado através de imprudência, negligência ou imperícia, sendo que a doutrina resume tais conceitos nos critérios de *dever de cuidado objetivo* e de *lesão ao risco permitido*. De acordo com Cirino, o primeiro define a imprudência pelo viés individual, indicando a atitude exigida para situar a conduta de acordo com os limites do risco permitido definidos pelo ordenamento. O segundo, por sua vez, define a imprudência do ponto de vista do ordenamento jurídico, indicando os limites objetivos acerca do dever de cuidado a ser tomado pelo autor individual.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> TAVARES, Juarez. Op cit., p. 359.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 278.

<sup>18</sup> Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Jescheck: “Sólo cuando se ha constatado ya el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo del injusto) cabe examinar, además, si el mandato general de cuidado y previsión hubiese podido ser cumplido también por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y su posición social (tipo de culpabilidad).” (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte General. Tradução por José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Editorial Comares, 1994, p. 513)

<sup>19</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 86.



Ademais, de acordo com o art. 18, inciso II, parágrafo único do Código Penal,<sup>20</sup> os tipos culposos são exceções em nosso ordenamento, sendo a regra os delitos dolosos e, alguns autores defendem que os mesmos configuram-se como tipos abertos ante a impossibilidade de o legislador prever de antemão todas as formas de ocorrência culposa de resultados antijurídicos, bem como porque os mesmos dependem de valoração judicial.<sup>21</sup> Entretanto, a conduta culposa deve ser expressamente prevista em lei, embora a forma de sua realização lesiva a um bem juridicamente tutelado, pautada na violação de um dever objetivo de cuidado, não esteja expressamente prevista ante a dificuldade de previsão do legislador em face da dinamicidade do mundo dos fatos.

Nesse sentido, Muñoz Conde e García Arán defendem que os delitos imprudentes são tipos abertos, tendo em vista que são complementados pelo juiz ou pelo intérprete, mas que isso não fere o princípio da legalidade, haja vista a impossibilidade de estarem descritas na lei todas as formas de realização de condutas imprudentes.<sup>22</sup>

De outro modo, Tavares salienta que os delitos culposos não se caracterizam como tipos abertos, sendo que o juiz não realiza uma complementação do tipo segundo seus próprios critérios, senão vejamos:<sup>23</sup>

Assim, a complementação pelo juiz de elementos normativos, contidos no tipo dos delitos culposos, isto é, da comprovação acerca da conduta perigosa, da lesão aos deveres de cuidado e da imputação, não significa um juízo positivo da ilicitude, mas exclusivamente uma tarefa relativa à confrontação entre tipo e normas permissivas, que figuram, desde logo, como elementos objetivos de valoração. Isto, evidentemente, não conduz à conclusão que se trate de tipos abertos, nos quais o julgador se encarregaria de complementá-los segundo seus próprios critérios. Trata-se de tipos fechados, nos quais há, primeiramente, uma previsão legal sobre a forma de sua realização, se dolosa ou culposa; depois, a verificação empírica de uma condição para a sua afirmação, resultante da análise das normas de cuidado e dos critérios normativos de imputação que delimitam a conduta perigosa.

---

<sup>20</sup> Art. 18 - Diz-se o crime:

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.  
Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>21</sup> Nesse sentido, por exemplo Hans Welzel e Muñoz Conde.

<sup>22</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: Parte General. 3ªed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 316.

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 267-268.

O autor ainda defende a necessidade de uma tipificação mais eficiente e completa de tais crimes como objetivo imediato de uma política criminal de garantia, cabendo à doutrina fixar mais precisamente elementos que delimitem o dever de cuidado ante a morosidade da reformulação legislativa da matéria, bem como, ante a dificuldade de sua concretização.<sup>24</sup>

Analogamente a Tavares, Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista afirmam que o dever de cuidado complementa o tipo culposos, mas que esse dever não provém de uma livre escolha discricionária do legislador, e sim, que este apenas não é capaz de prever todas as possíveis formas de realização de uma conduta passíveis de gerar lesão a um bem juridicamente tutelado. Eles admitem que no âmbito dos delitos culposos há uma maior passagem do poder punitivo, ao mesmo tempo em que consideram que é inevitável tal estrutura para esses delitos. De acordo com os autores, ainda, os tipos culposos não criminalizam ações em si, mas determinadas formas de sua realização que produzam um resultado lesivo a um bem jurídico penalmente tutelado.<sup>25</sup>

Assim, pode-se afirmar que nos delitos culposos, a forma de realização da conduta criminosa é, num primeiro momento, indeterminada, sendo que sua especificação ocorre após a realização da ação que acarretou em um resultado lesivo a um bem jurídico penal, ocasião em que se verifica qual era o dever de cuidado que o agente deveria ter observado para atingir a finalidade por ele pretendida. Vale dizer, após a realização da conduta que gerou um resultado contrário ao direito, bem como, após a verificação de qual era a finalidade pretendida pelo autor será facilmente verificável o dever de cuidado que necessitaria ter sido por ele observado que, conseqüentemente, será variável a depender da finalidade almejada. Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista afirmam, de modo análogo, que “sempre será necessário averiguar a finalidade diante de cada fato concreto, para conhecer de qual ação se tratava e, a partir daí, demarcar qual era o cuidado correspondente ao exercício dessa ação, providência indispensável para fechar o tipo e comprovar a tipicidade”.<sup>26</sup>

Ademais, importa ressaltar que difere-se o grau de reprovabilidade dos crimes dolosos em face dos crimes culposos, tendo em vista que a falta de atenção

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 268-269.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito**..., p. 315.

<sup>26</sup> Idem.

não equivale a um querer. Enquanto os delitos dolosos são reprováveis pela intenção ou finalidade ilícita que possuem e, por isso, contam com penas maiores, a reprovabilidade dos delitos culposos recai sobre a inobservância de um dever objetivo de cuidado que acarreta em um resultado ilícito.

Binding acentua que quem atua culposamente possui o mesmo grau de consciência do indivíduo que age com dolo mas que, de maneira diversa, no delito culposo o indivíduo deixa de ter consciência de apenas um aspecto de sua conduta, qual seja, a antijuridicidade, de maneira que o autor conclui que imprudência é sempre culpabilidade inconsciente, ante a ausência de consciência acerca de um atuar antijurídico.<sup>27</sup>

Ademais, para que se configure o delito culposo é imprescindível que haja uma violação a um dever objetivo de cuidado; um resultado contrário ao ordenamento jurídico; nexos causal entre a conduta descuidada e o resultado por ela produzido, bem como, que tal resultado seja previsível e evitável pelo autor, de modo que não há que se falar em responsabilização do agente por resultado que ele não poderia ter evitado e que ele não deu causa, o que se denomina de responsabilidade penal objetiva. Do mesmo modo, num direito penal de garantias não se pode cogitar de uma responsabilização por conduta má dirigida pela inobservância do dever objetivo de cuidado que não gere resultados.

Em sentido análogo Muñoz Conde e García Arán, acentuam que há uma dupla restrição na reprovabilidade dos delitos culposos pelo princípio da intervenção mínima, tendo em vista que por meio de tal princípio são selecionados comportamentos imprudentes que afetem bens jurídicos fundamentais e, dentre tais comportamentos, somente podem ser castigados aqueles que efetivamente causem um resultado em face de tais bens jurídicos.<sup>28</sup> Nesse sentido afirmam, ainda, que o direito penal apenas deve intervir em casos de lesão a bens jurídicos muito sensíveis e, somente quando outros ramos do direito não conseguirem tutelá-los.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> No original: “Quién actúa imprudentemente actúa exactamente con el mismo grado de consciencia que el delincuente doloso. Tán sólo se constata que no llega a ser consciente de una única cualidad de su acción: su antijuridicidad. (...) Aquello que ha causado el sujeto imprudente en el sentido del Derecho, precisamente, es lo que no conocía. Por ello, la imprudencia siempre es culpabilidad inconsciente.” (BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Traducción por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 131)

<sup>28</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho**..., p. 315.

<sup>29</sup> Idem.

Os autores ainda salientam que o resultado é o componente de azar dos delitos imprudentes, tendo em vista que a ação imprudente apenas será passível de sanção penal se produzir um resultado, por mais que a ação que não gere um resultado seja idêntica àquela que produziu.<sup>30</sup> Afirmam, entretanto, que isso não se confunde com uma condição objetiva de penalidade, tendo em vista que para que o resultado seja imputado ao autor, deve ser consequência lógica do perigo criado ou incrementado por sua ação.<sup>31</sup>

Como já mencionado, nos crimes culposos há um distanciamento entre o fim pretendido pelo autor e o efetivamente realizado, tendo em vista que não há observação pelo agente acerca do cuidado devido para a realização do fim desejado e, em decorrência disso, acaba-se por lesar um bem juridicamente tutelado. Disso decorre que a razão da culpabilização dos delitos culposos consiste em que todos os indivíduos dirijam suas atitudes observando os limites impostos pelos deveres objetivos de cuidado a fim de evitar expor à riscos bens jurídicos penalmente tutelados.

### **2.1.1. Dever de cuidado**

Por meio dos delitos culposos, o direito penal visa que as condutas sejam realizadas de maneira cautelosa, ou que deixem de ser realizadas quando isso não for possível.<sup>32</sup> Vale dizer, quando forem perigosas, incide o dever jurídico de agir cuidadosamente.<sup>33</sup>

De acordo com Muñoz Conde, em 1930, Engisch falou sobre um terceiro elemento para fundamentar o tipo de injusto do delito imprudente, para além da pura conexão causal da ação imprudente com o resultado e a culpabilidade, qual seja, o dever objetivo de cuidado.<sup>34</sup>

Bitencourt assevera que o dever objetivo de cuidado “consiste em reconhecer o perigo para o bem jurídico tutelado e preocupar-se com as possíveis consequências que uma conduta descuidada pode produzir-lhe, deixando de praticá-

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 322.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 238.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>34</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho**..., p. 314.

la, ou, então, executá-la somente depois de adotar as necessárias e suficientes precauções para evitá-lo.”<sup>35</sup>

Como já dito, o dever de cuidado complementa o tipo culposo, na medida em que a responsabilização penal se pauta em seu descumprimento. Zaffaroni e Pierangeli asseveram que “trata-se de um componente normativo do tipo objetivo culposo que é, hoje, amplamente reconhecido como prioritário e decisivo por quase toda a doutrina.”<sup>36</sup>

De acordo com os referidos autores, os deveres de cuidado são estabelecidos pela lei, como acontece com as atividades regulamentadas e, a violação de preceitos regulamentares configura-se como indício de violação de deveres de cuidado. Os autores reconhecem ainda que são inúmeras as condutas passíveis de violar deveres de cuidado que não estão regulamentadas, de modo que a realização de remissões à normas sociais é inevitável.<sup>37</sup>

Tavares sustenta que o conteúdo do dever de cuidado é integrado pelo cuidado interno e pelo cuidado externo.<sup>38</sup>

O primeiro consiste no dever de reconhecimento do perigo e é pressuposto para o segundo. Leva em conta o conhecimento especial do autor, a gravidade do perigo e o valor do bem jurídico.<sup>39</sup> O autor o define como o “atendimento de condições relativas ao exercício de uma atividade, incluindo a condução causal e eventuais variações das circunstâncias e do desenvolvimento do perigo.”<sup>40</sup> Decorre de tal dever que a execução da conduta deve se dar com as precauções devidas para que não sejam ultrapassados os limites do perigo autorizado, tendo em vista que algumas atividades, em que pese sejam socialmente úteis, devem observar certos limites no momento de sua realização.<sup>41</sup>

Por sua vez, o segundo consiste no dever de realizar a conduta de maneira cuidadosa, sendo que o indivíduo, neste caso, deve executar a conduta observando medidas adequadas de cuidado ou, devendo dela abster-se, sendo que a abstenção deve ser sempre imediata.<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 374.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...**, p. 460.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit, p. 280.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 282.

Ademais, o autor assevera que a qualidade da ação exclui a imputação quando a mesma se mantiver dentro dos limites do dever de cuidado exigido e quando, embora ocorra o descumprimento da norma de cuidado, a conduta se mantenha dentro dos parâmetros do chamado risco habitual, ou ainda quando a violação da norma de cuidado seja a tal ponto leve que não seja passível de fundamentar a intervenção do poder punitivo.<sup>43</sup> Nesse sentido, Bitencourt ressalta que o agir descuidado deve ultrapassar os limites dos perigos socialmente aceitos, tendo em vista que algumas atividades perigosas socialmente úteis necessitam ser desenvolvidas e, eventualmente, deverão ser aceitos resultados negativos que não resultem de erro, mas que decorram da mera gravidade da situação.<sup>44</sup> De modo análogo, Binding ressalta que quanto mais necessária uma atividade seja para o equilíbrio do ordenamento jurídico, maior será o risco autorizado para sua execução.<sup>45</sup>

Bitencourt também aduz que é imprescindível averiguar qual seria o dever de cuidado para o agente e, posteriormente, questionar se a conduta do mesmo correspondeu a esse cuidado devido, sendo que na hipótese de isso não ter ocorrido sucede a reprovabilidade da conduta.<sup>46</sup> Outrossim, o autor assevera que maior deve ser a prudência e vigilância do agente, quanto mais perigosa for a atividade por ele desenvolvida.<sup>47</sup>

De outro modo, Zaffaroni e Pierangeli salientam que “deve haver uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do resultado, isto é, que a violação do dever de cuidado deve ser determinante do resultado.”<sup>48</sup> Tal constatação diz respeito à vedação da responsabilidade objetiva no direito penal, tendo em vista que não pode haver responsabilização por resultado pelo qual o indivíduo não tenha dado causa por meio da violação de um dever de cuidado. Ademais, a mera violação de um dever de cuidado que não incida em um resultado lesivo a um bem jurídico penalmente tutelado também não é passível de reprovabilidade.

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 351.

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 375.

<sup>45</sup> No original: “Cuanto más imprescindible una acción resulte en el equilibrio del ordenamiento jurídico, mayor será el riesgo que será lícito correr para su ejecución sin objeción jurídica.” (BINDING, Karl. Op cit., p. 143.)

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 375.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 376.

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** p. 462.

Note-se, portanto, que o dever de cuidado integra a estrutura dos delitos culposos na medida em que se impõe como condição objetiva para a reprovabilidade dos mesmos na seara penal, carecendo ser identificado com exatidão no caso concreto e não pautado em meras suposições sem respaldos científicos para que seja passível de conferir uma resposta penal ao sujeito que, atuando de maneira descuidada, gere resultados lesivos à bens jurídicos sensíveis penalmente tutelados.

Ante a necessidade de definição do conteúdo do dever de cuidado, a doutrina elencou alguns critérios para tal. Nesse sentido, alguns autores sustentam que esse dever de cuidado seria aquele observado pelo “homem médio” ou “homem prudente”, conforme salienta Juarez Cirino dos Santos:<sup>49</sup>

O modelo de *homem prudente* é um referencial valioso para definir a natureza de comportamentos humanos: um *homem prudente* é capaz de *reconhecer* e avaliar situações de perigo para bens jurídicos individuais, mediante *observação* das condições de realização da ação e *reflexão* sobre os processos subjacentes de criação e de realização do perigo. Esse modelo é construído perguntando-se como agiria, na situação concreta, um *homem prudente* pertencente ao círculo social do autor: se a construída ação do modelo *divergir* da ação real, existe lesão do dever de cuidado ou do risco permitido.

De maneira análoga, Welzel afirma que o conteúdo da conduta adequada ou correta somente pode ser determinado por meio da ação que realizaria um homem prudente e inteligente no lugar do autor.<sup>50</sup>

Mir Puig entende que juntamente ao critério do homem diligente também devem ser considerados conhecimentos especiais do autor, sendo que, em relação a tais conhecimentos, deve ser verificada a possibilidade do agente em empregá-los voluntariamente.<sup>51</sup>

De maneira análoga à Mir Puig, Muñoz Conde também parte da utilização do critério do “homem prudente” em comparação à forma de direção da conduta do autor, entretanto, entende que, além disso, devem ser consideradas as

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 88.

<sup>50</sup> No original: “El contenido de la conducta “adecuada” o “correcta” (es decir, el cuidado necesario en el tráfico) no puede ser determinado nunca, por ello, de un modo exhaustivo, en el caso concreto, por medio de las reglas y principios generales de experiencia, ni tampoco de las medidas policíacas de seguridad, sino sólo por medio del principio metodológico, de la acción que realizaría un *hombre inteligente y prudente*, en la situación del autor.” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, p. 116.)

<sup>51</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito...**, p. 248-249.

características individuais do autor em que deve se levar em conta seu nível de conhecimento, sua previsibilidade, bem como sua experiência, o que ele denomina de *dever subjetivo de cuidado*.<sup>52</sup>

Segundo Hassemer, o chamado “homem médio” nada pode dizer sobre o poder do homem em concreto, sobre o qual recaia um juízo de culpabilidade, para agir de modo diverso. Nesse sentido, critica o “poder geral de atuar de outro modo” em substituição ao “poder individual de atuar de outro modo”, tendo em vista que aquela formulação não contempla as possibilidades do indivíduo para permanecer fiel ao direito e prescinde de uma demonstração da liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade. Nesse sentido, o autor se demonstra contrário a teses que permitem desconsiderar a discussão acerca da liberdade da vontade, por acreditar que colocam em perigo a vigência do princípio da culpabilidade.<sup>53</sup>

Também criticando o critério do homem médio, Tavares salienta que o critério da experiência geral da vida é muito mais real do que de um homem abstrato, sendo que este critério fere o princípio da legalidade pois leva em consideração outro padrão de conduta para fins de determinação da tipicidade.<sup>54</sup> O autor afirma ainda:<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Segundo o autor: “El concepto de cuidado es, en primer lugar, un concepto objetivo y normativo. Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor (crf. Infra b), sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. Ello supone además un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente. (...) Pero también en la imprudencia hay un tipo subjetivo que atiende a la capacidad individual, al nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto. (...)” (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho...**, p. 317-319.)

<sup>53</sup> Segundo o autor: “Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno de la libertad de voluntad, sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se medía de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su “poder individual para actuar de otro modo”, es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora, tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido al criterio del “poder general para actuar de otro modo”. Esto lo ha deteriorado gravemente. Pues el *homunculus*, “hombre medio”, que es quien debe suministrar los criterios del yerro culpable, nada puede decir sobre el poder de este hombre, de cuya culpabilidad se trata, para actuar de otro modo. El tipo de “culpabilidad” a que se puede llegar con la sonda del “poder general para actuar de otro modo”, es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad.” (HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, María Del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 52.)

<sup>54</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 276.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 275-276.



Na realidade dos fatos, a figura do *homo medius* será inferida de juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador e não de um padrão objetivo e coerente. É uma ilusão imaginar que tal figura possa servir de orientação ao seu juízo. Na verdade, em vez de fixar um padrão ou modelo orientador objetivo, o julgador se transfere, com todos os seus componentes, conhecimentos e traumas pessoais, à situação do agente e daí, segundo seu arbítrio – pois não há padrão legal que o contenha –, determina a conduta que deveria ser levada a efeito por ele. Assim, o critério do homem prudente é, simplesmente, aquele que for fixado pelo julgador e nada mais. Ao contrário disso, a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do perigo e da lesão do bem jurídico.

Ademais, o autor assevera que a capacidade de reconhecimento do dever de cuidado deve ser analisada observando as características individuais do sujeito, que deve ser capaz de reconhecer as medidas que são deles exigidas para exercer determinada atividade, não devendo essa análise se pautar em condições objetivas.<sup>56</sup>

O autor ainda acentua que além das características individuais do sujeito, para medir a capacidade do reconhecimento do cuidado e a evitabilidade do descumprimento da norma, também deve ser observada sua posição na ordem jurídica como participante na elaboração da norma, tendo em vista que o mesmo deve poder ser capaz de decidir se agirá ou não em conformidade com ela, devendo ser considerados a seu favor, seus defeitos físicos, sua carência de inteligência ou experiência e situações bastante graves com as quais ele não tenha contribuído e não possa delas se libertar.<sup>57</sup>

De maneira semelhante a Tavares, Zaffaroni e Pierangeli criticam fórmulas gerais como a do “homem normal”, haja vista que o dever de cuidado deve ser analisado em conformidade com a situação jurídica e social de cada indivíduo.<sup>58</sup> Nesse sentido, afirmam que “não são semelhantes o dever de cuidado que tem a seu cargo o condutor de um veículo particular e o de um de transporte coletivo, ou o do pedestre e do condutor, por mais que todos participem do trânsito e tenham deveres de cuidado a observar.”<sup>59</sup>

Ademais, Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista sustentam que é complexo o processo de buscar um parâmetro para delimitar o dever de cuidado, na medida

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>58</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...**, p. 460- 461.

<sup>59</sup> *Idem*.

em que a utilização de *standards* padrões são sempre imaginativos e indefinidos e, do mesmo modo, afirmam que tentar resolver o problema pelas características individuais do sujeito, traz o questionamento acerca de em que medida é possível levar em conta as capacidades individuais para a determinação da culpa do indivíduo.<sup>60</sup> Os autores ainda ressaltam que o imaginário homem médio é manipulável pelo intérprete e se difere de um standard mínimo de previsibilidade que é real e compartilhado por quase todos os integrantes de uma mesma cultura.<sup>61</sup> Nesse sentido, defendem a utilização de um standard mínimo para a delimitação do dever de cuidado, afirmando que “o standard mínimo, enquanto padrão verificável da previsibilidade comum a todos que compartilham da mesma cultura, cumpre inquestionavelmente uma função processual como elemento crítico de declarações gratuitas sobre o grosseiro desconhecimento de elementares noções acerca da criação de perigos.”<sup>62</sup>

Jakobs, contrário à adoção da previsibilidade objetiva como fundamento para os delitos culposos e discordante de posições que inserem a previsibilidade na culpabilidade, bem como que a incluem dentro do tipo, também é contrário à utilização do critério do homem médio/prudente, entendendo que devem ser consideradas as características do autor individual, vez que a ação é conceituada por meio da capacidade individual de evitar consequências.<sup>63</sup> Segundo o autor, não se pode exigir que todos os homens sejam tratados como detentores de uma mesma capacidade, mas que eles sejam submetidos a um mesmo processo de motivação no que tange às expectativas de conduta dadas pela norma, de acordo com o seu papel social.<sup>64</sup>

De qualquer modo, observa-se que a doutrina não possui entendimento unificado acerca do tema, o que pode oferecer problemas de ordem prática ao intérprete no momento da adoção de um ou outro critério, a depender de sua ótica pessoal. Nesse sentido, é preciso buscar parâmetros que delimitem mais precisamente o conteúdo do dever de cuidado, a fim de que a resposta penal não ofenda o princípio da igualdade ao ser dada de maneira desigual aos indivíduos,

---

<sup>60</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito...**, p. 327.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>63</sup> TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 179.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 180.

bem como, o princípio da legalidade, ao ser aplicada por meio de parâmetros incertos.

### **2.1.2. Princípio da confiança**

Para que a vida em sociedade possa se desenvolver harmonicamente, os indivíduos devem poder esperar que os demais dirijam suas condutas de maneira diligente e cautelosa e não desconfiando, a todo o momento, de que a conduta alheia possa lhe afetar cotidianamente. Por exemplo, para que uma pessoa possa ir todos os dias até seu local de trabalho dirigindo um automóvel de maneira segura, ela precisa presumir que todos os demais motoristas observarão as regras de tráfego. A legitimidade de tal presunção se pauta no denominado princípio da confiança que, desenvolvido pela jurisprudência, mormente no direito de trânsito,<sup>65</sup> dispõe que quem observa o cuidado devido para executar suas atividades, pode esperar que os demais também o façam.

Ademais, como o dever de cuidado se aplica a todos que convivem em sociedade, igualmente se faz necessário que à esta convivência também se aplique o referido princípio. Nesse sentido, Bitencourt afirma que “como o dever objetivo de cuidado dirige-se a todos, nada mais justo esperar que cada um se comporte com a prudência e inteligência necessárias para a convivência harmônica de toda a coletividade.”<sup>66</sup>

O princípio da confiança delimita o dever de cuidado que deve ser observado pelos indivíduos na condução de suas ações, na medida em que a pessoa que dirige sua conduta cautelosamente deve poder esperar a mesma atitude das demais, não devendo se precaver de possíveis condutas imprevisíveis de outros que porventura não atuem diligentemente. Desse modo, pelo princípio da confiança, o dever de cuidado a ser observado pelos indivíduos permanece no âmbito do razoável.

Ademais, o princípio da confiança se aplica a atividades exercidas por diversas pessoas, principalmente em tarefas desenvolvidas por meio de divisão de

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 375.

trabalho ou atividades comunitárias em que um sujeito espera do outro determinada forma de realização de sua conduta.<sup>67</sup>

Zaffaroni afirma que “não viola o dever de cuidado a ação do que confia em que o outro se comportará corretamente, enquanto não tenha razão suficiente para duvidar ou acreditar no contrário.”<sup>68</sup> Entretanto, quando o indivíduo percebe que o outro não está se comportando adequadamente, não pode invocar a seu favor o referido princípio. Do mesmo modo, o princípio da confiança não se aplica àquele que coloca outros em perigo por sua conduta descuidada. Vale dizer, o princípio não é aplicável aos que praticam a quebra da confiança.

Para Tavares, “a consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade.”<sup>69</sup>

Roxin salienta que de acordo com muitas resoluções, o referido princípio não pode ser invocado por quem atua antijuridicamente, o que pode ser incorreto nos casos em que uma infração no tráfego não tenha ocasionado o acidente.<sup>70</sup>

Em sentido diverso, Tavares acentua que não é possível invocar o referido princípio quando o caso envolver situações especiais que demonstrem que a conduta alheia possivelmente lesará o dever de cuidado como casos embriaguez, defeitos físicos, distrações manifestas, idade avançada, imaturidade, bem como não poderá ser invocado a depender das condições concretas da atividade em certa localidade.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 293.

<sup>68</sup> No original: “(...) el principio de confianza, según el cual no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 559-560.)

<sup>69</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 294.

<sup>70</sup> Nas palavras do autor: “Más allá de lo anterior, muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocar el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente. Ello es incorrecto en los numerosos casos en los que una infracción de tráfico no ha repercutido en el accidente. Por tanto, quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio. El “castigo” del conductor alcoholizado con la pérdida del derecho a la protección de la confianza supondría la sanción inadmisibles de un *versan in re illicita*.” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 1005.)

<sup>71</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 295.

Em última análise, o princípio da confiança delimita o âmbito da reprovação dos delitos culposos na medida em que estabelece parâmetros para a observância do dever de cuidado, vale dizer, tal princípio certamente cumpre papel fundamental no que tange à restrição da punibilidade dos delitos culposos uma vez que impede uma observância irrestrita do dever de cuidado que esteja muito além das possibilidades pessoais do indivíduo.

## 2.2. A noção de culpa inconsciente

A culpa consubstancia-se como conduta dirigida com imprudência, negligência ou imperícia, vale dizer, trata-se de conduta que não observou o dever objetivo de cuidado e gerou um resultado contrário ao direito.

Ela manifesta-se através de suas espécies, quais sejam, culpa consciente, culpa inconsciente e culpa imprópria.<sup>72</sup> No presente trabalho, cabe diferenciar as duas primeiras.

Na culpa consciente, o indivíduo age de maneira descuidada e prevê o resultado, embora acredite convictamente que o mesmo não irá ocorrer. Por sua vez, na culpa inconsciente, também denominada de culpa *ex ignorantia*, o resultado não é previsto pelo autor que infringe um dever de cuidado, embora seja por ele previsível. Vale dizer, na culpa consciente o fator *previsão* se concretiza enquanto na culpa inconsciente o resultado permanece na esfera da *previsibilidade*.

Ambas as condutas, nas duas modalidades, são previsíveis ao autor e em ambas há violação ao dever objetivo de cuidado, bem como, falta de atenção, o que difere uma da outra é que enquanto na culpa consciente o resultado previsível foi efetivamente previsto pelo autor, na culpa inconsciente o mesmo sequer passou pela sua cabeça, isto é, embora previsível, o resultado não foi previsto pelo sujeito.

Ademais, em ambas as modalidades, o agente, ante suas condições, poderia ter observado o dever de cuidado objetivo e modificado a forma de direção de sua conduta, de modo que após a constatação da previsibilidade, deve-se também proceder à verificação da evitabilidade da conduta pelo autor para que se possa falar em juízo de reprovabilidade, tendo em vista que não pode haver

---

<sup>72</sup> De acordo com Bitencourt, na culpa imprópria, há uma conduta dolosa que se embasa num erro vencível. O autor afirma que “nessas circunstâncias, o agente quer o resultado típico ou quer realizar uma conduta perigosa em razão de o seu conhecimento sobre a ilicitude encontrar-se viciado por um erro que, com mais cuidado, poderia ser evitado.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 384.)

responsabilização por conduta que o indivíduo não poderia ter evitado. Nesse sentido, a voluntariedade da conduta é imprescindível para a caracterização da evitabilidade.

Vale ressaltar que, de acordo com Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista, na culpa consciente o conhecimento é atualizado acerca do incremento do perigo, enquanto na culpa inconsciente tal conhecimento é atualizável, sendo que, na ausência de tal conhecimento atualizável não haveria tipicidade objetiva.<sup>73</sup> Os autores ainda afirmam que na culpa inconsciente não há mera exigência de conhecimento, sendo que a exigência diz respeito à atualização de conhecimentos existentes, sem os quais não se poderia falar em culpa. Sustentam também por uma falta de utilidade dogmática do tipo subjetivo, tendo em vista que a imputação do resultado ao agente decorrerá de uma análise objetiva.<sup>74</sup>

Tavares salienta que há negligência consciente não apenas quando o indivíduo prevê o resultado e acredita que o mesmo não irá ocorrer mas, principalmente, quando o agente sabe que com sua conduta está lesando um dever de cuidado, sendo que a mera previsão do resultado sem a lesão a uma norma de cuidado não seria passível de caracterizar a negligência. Critica, assim, a denominação “negligência com previsão”, tendo em vista que não é a previsão do resultado que caracteriza essa modalidade de negligência, mas sim o conhecimento acerca da lesão ao dever de cuidado.<sup>75</sup>

No tocante à culpa inconsciente, Bitencourt afirma que a mesma caracteriza-se por uma ausência absoluta de nexos psicológico entre o autor e o resultado:<sup>76</sup>

*Na culpa inconsciente, apesar da possibilidade de previsão ex ante, não há previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse do autor da conduta perigosa. Ou seja, o sujeito atua sem se dar conta de que sua conduta é perigosa, e de que desatende aos cuidados necessários para evitar a produção do resultado típico, por puro desleixo ou desatenção. A culpa inconsciente, nesse sentido, caracteriza-se pela ausência absoluta de nexos psicológico entre o autor e o resultado de sua ação. Mesmo assim é punível na medida em que fique demonstrado que o agente poderia conhecer os riscos de seu comportamento, ajustando-o às medidas de cuidado necessárias, com um mínimo de esforço, normalmente esperado de qualquer pessoa nas circunstâncias do autor.*

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. Nilo. **Direito...**, p. 322.

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 380.

<sup>76</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 383.

Por sua vez, para Tavares, a característica básica da negligência inconsciente reside no fato de que o indivíduo age sem saber que sua conduta desatende ao cuidado objetivamente necessário para evitar o perigo ou a lesão ao bem jurídico.<sup>77</sup>

Ainda, de acordo com autor, apenas há compatibilidade entre negligência inconsciente e o princípio da culpabilidade quando ocorrer uma grave violação à norma de cuidado verificada em conformidade com a intensidade do risco em que o bem jurídico foi exposto. Ele considera que, nessa modalidade culposa, a motivação direta do agente em face do perigo ao bem jurídico resta minorada, bem como sua possibilidade de agir de outra maneira, na medida em que o agente não percebe que conduz atividade perigosa, de modo que só poderá haver sua responsabilização pessoal se a ação perigosa for realizada com certo grau de intensidade que leve o julgador a concluir que o agente poderia ter percebido o risco daquela conduta e deixar de realizá-la ou apenas realizá-la diminuindo-lhe os riscos, sendo que fora dessas hipóteses a culpa inconsciente é incompatível com o princípio da culpabilidade, devendo ser aferida no âmbito da responsabilidade civil. Afirma ainda, que o agente precisaria de um dado concreto mais evidente que o fornecesse elementos empíricos pelos quais pudesse agir de outro modo.<sup>78</sup>

Nesse sentido, acentua ainda que para que a negligência inconsciente seja passível de gerar responsabilização penal é imprescindível que o agente tenha podido reconhecer sua incapacidade para a realização da conduta por meio da forma de violação da norma de cuidado, sendo que nos casos que tal norma tenha sido apenas levemente violada, a incapacidade para a realização da atividade não enseja a conclusão de que o agente seria pessoalmente capaz de reconhecer o dever de cuidado e as medidas adequadas para evitar sua violação, de modo que tal modalidade culposa apenas é passível de ensejar responsabilização penal quando se puder concluir, diante da forma de execução da conduta, que o agente poderia reconhecer sua incapacidade para a realização da mesma, sendo que o contrário resultaria em responsabilidade objetiva.<sup>79</sup>

Bitencourt assevera que nosso Código não diferencia as duas modalidades mas que, diversamente, a doutrina e a jurisprudência costumam considerar a culpa

---

<sup>77</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 381.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 384-385.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 399-400.

consciente mais grave.<sup>80</sup> Juarez Cirino dos Santos também entende que a culpa inconsciente configura-se como modalidade menos grave de imprudência.<sup>81</sup> Jescheck, de outro modo, afirma que na culpa consciente, embora não haja o desconhecimento acerca do perigo, o mesmo reside em sua magnitude, no alcance do dever de cuidado e na limitação das próprias faculdades do agente, o que o leva a concluir que não há uma relação gradual entre as duas espécies de culpa, tendo em vista que a atitude de quem nem sequer percebe o perigo pode ser mais reprovável do que a despreocupação de quem age mediante culpa consciente, isto é, de quem apenas sobrestima suas próprias forças.<sup>82</sup>

Em sentido diverso, Roxin entende que há maior gravidade na culpa consciente em relação à culpa inconsciente quando ambas envolverem o mesmo grau de criação do risco permitido, podendo a culpa inconsciente ser considerada como mais grave apenas quando envolver uma grave falta de atenção em face de um caso em que a confiança na não caracterização do resultado (culpa consciente) esteja, de algum modo, justificada. Ademais, entende que a diferença entre as duas modalidades se resolverá na medição da pena.<sup>83</sup>

Tavares, seguindo a linha de Roxin, entende que a negligência consciente consiste em modalidade mais grave em relação à culpa inconsciente, vez que nela

---

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 381.

<sup>81</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op cit., p. 95.

<sup>82</sup> De acordo com o autor: "En ambas clases de imprudencia, que frecuentemente no pueden distinguirse nítidamente en la praxis, el contenido del injusto y de la culpabilidad radica en una falta de la atención debida, pues también la imprudencia consciente descansa en un indebido desconocimiento, no ciertamente de la presencia del peligro, pero sí de su magnitud, del alcance del deber de cuidado o de la limitación de las facultades propias. Tampoco se da entre la dos clases de imprudencia una relación gradual, pues la actitud de quien ni siquiera percibe el peligro puede ser más reprobable que la despreocupación del imprudente consciente, quién sólo sobreestima sus propias fuerzas (...)." (JESCHECK, Hans-Heinrich. Op cit., p. 516.)

<sup>83</sup> Nas palavras do autor: "La distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee en cambio gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas. Sin embargo la imprudencia consciente resulta, *ceterisparibus*, más merecedora de pena que la inconsciente, de modo que la diferencia repercutirá en la medición de la pena. Es verdad que se señala siempre que no existe una verdadera "relación gradual" según el contenido de culpabilidad, porque "la falta de atención conducente a la no previsión de la posibilidad del daño" podría "pesar ya más que la confianza en la no producción del resultado". Pero únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco menos que justificada. Si por el contrario se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente." (ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 1019.)



residem elementos empíricos mais claros a possibilitar que o agente modifique sua conduta.<sup>84</sup>

De modo diverso, em que pesem as divergências doutrinárias sobre a equivalência ou diferença no nível de gravidade das duas modalidades culposas, outro argumento que deve ser levado em consideração é que, partindo-se do pressuposto de que no caso fortuito o resultado ocorre independentemente da conduta do agente e que, igualmente, está fora de sua esfera de previsão, é possível afirmar que na culpa inconsciente, ante o resultado ser decorrência da conduta do autor, mas ausente sua efetiva previsão, esta modalidade culposa teria maior gravidade que o caso fortuito e menor gravidade em face do delito culposo mediante culpa consciente, tendo em vista que neste, de modo proporcionalmente contrário ao caso fortuito, houve efetivamente a previsão do resultado e este decorreu da conduta do agente. Isto porque, ainda que nossa atual concepção de culpabilidade considere tão somente aspectos normativos, tem-se que considerar ambas as modalidades culposas, abstratamente, como tendo o mesmo nível de gravidade, é ignorar a diferença existente entre a efetiva previsão e a mera previsibilidade, vale dizer, é equiparar o que de fato ocorreu com uma mera possibilidade de acontecimento, de modo que não é forçoso afirmar que, ao menos de maneira abstrata é possível considerar a culpa consciente como modalidade culposa detentora de maior gravidade.

Por fim, como visto, inúmeras são as divergências que circundam a culpa, que variam desde o critério mais adequado para dotar de conteúdo o dever de cuidado até sobre qual a modalidade culposa que possui maior gravidade. Em seguida, será analisado o princípio da culpabilidade a fim de demonstrar, concomitantemente, sua importância num Estado Social e Democrático de Direito, que tem como pilar a dignidade humana, ao limitar o poder punitivo estatal em face do indivíduo, bem como as diversas posições em torno da culpabilidade que, conforme veremos, apesar de sua importância, também trata-se de conceito alheio a entendimentos unificados.

---

<sup>84</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 385.

### 3. Princípio da Culpabilidade

#### 3.1. Considerações históricas

A culpabilidade, como concebida atualmente, se pauta em um conceito normativo referente à reprovabilidade do injusto cometido pelo autor, na medida em que o mesmo, embora responsável e dotado de autodeterminação, capaz, portanto, de controlar suas condutas, não se motivou na norma quando era possível que o fizesse. Entretanto, até chegar em sua concepção atual, o conceito de culpabilidade passou por diversas reformulações.

Antes de dispor de elaborações teóricas, era possível observar uma certa noção de culpabilidade presente no Direito Natural que, de acordo com Bitencourt, com base na ideia de imputação, atribuía responsabilidade àquele que praticou sua conduta livremente.<sup>85</sup> O autor salienta que ao longo dos séculos também existiram outras concepções de imputação como a dos hegelianos, em que a imputação subjetiva justificava-se na medida em que o indivíduo, por meio de sua vontade particular, afastava-se da vontade geral, agindo de maneira livre. Entretanto, ele assevera que na segunda metade do século XIX entrou em declínio a teoria da liberdade da vontade, de modo que o conceito de culpabilidade vigente no Direito Natural não tinha mais respaldo.<sup>86</sup>

Posteriormente, influenciada pelo positivismo do século XIX e ligada ao naturalismo-causalista, tendo Von Liszt como um de seus grandes expoentes, a primeira das teorias que propôs uma explicação acerca da culpabilidade foi a denominada teoria psicológica da culpabilidade, que transplantou o método empírico próprio das ciências naturais ao estudo do Direito Penal. De acordo com esta teoria, ante sua influência causal-naturalista, a culpabilidade residia tão somente na relação psicológica existente entre o agente e o resultado, sendo desprovida de qualquer conteúdo valorativo, o que, de acordo com Cerezo Mir, abstraía o problema do livre arbítrio, muito polêmico na época ante o auge da visão determinista do ser humano, pela influência do positivismo e do determinismo de Darwin.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 441.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> CEREZO MIR, José. El delito como acción culpable. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, [S.l.], v. 49, n. 1, p. 16, 1996.

Para esta teoria, a ação era considerada um elemento objetivo, como mera causação do resultado por um movimento corporal voluntário. A vontade era objetiva, de modo que não se tratava de um querer oriundo de uma subjetividade, mas de uma mera ausência de coação física e psicológica que influenciasse o comportamento do autor. A culpabilidade, por sua vez, não era tida como um elemento normativo, mas possuía um cunho eminentemente psicológico, consistindo no elemento subjetivo do crime, revelando-se apenas como dolo ou culpa (espécies de culpabilidade), e era desprovida de qualquer outro elemento. De acordo com Brunoni, a culpabilidade era vista por essa teoria da seguinte maneira:<sup>88</sup>

A culpabilidade, assim entendida, sintetiza todos os movimentos da vontade que se podem encontrar na mente do autor, e separa o subjetivo do objetivo, o interno do externo. Todo o externo-objetivo é situado na antijuridicidade e todo o interno-subjetivo na culpabilidade. Esta se converte na “relação anímica do autor com o resultado”, razão pela qual só pode situar-se no psiquismo do agente. E, uma vez realizado o fato com dolo ou culpa, restam preenchidas as condições para tornar responsável o autor.

Ademais, os únicos pressupostos da culpabilidade para esta teoria eram a imputabilidade juntamente com o dolo ou com a culpa, sendo que as causas de eliminação da culpabilidade consistiam no erro ou na coação, tendo em vista que o primeiro exclui o elemento cognitivo, enquanto a segunda exclui o elemento volitivo constante no dolo.

Tendo em vista a necessidade de existência de um vínculo psicológico para explicar a culpabilidade, essa teoria não foi capaz de abarcar de maneira satisfatória algumas categorias como, por exemplo, a culpa inconsciente em que não há vínculo psicológico entre o autor e o resultado. Também não conseguia explicar adequadamente as causas de exculpação, em que há dolo, mas não há culpabilidade. Brunoni também alerta que “a teoria psicológica não possibilita a graduação da culpabilidade, já que esta se estabeleceria pela pura relação psicológica.”<sup>89</sup> Ademais, na teoria psicológica não há espaço para a autodeterminação do sujeito e ela reúne elementos completamente distintos na culpabilidade, quais sejam, dolo e culpa, o que dificultou a criação de um conceito único a fim de explicar a culpabilidade.

---

<sup>88</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: Considerações. Curitiba: Juruá, 2008, p. 139-140.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 141.

Entretanto, em que pesem as críticas que possam ser dirigidas à teoria psicológica, note-se que pela sua configuração, que exigia um nexó psicológico entre a conduta e o resultado, a mesma foi fundamental para demonstrar uma aversão a qualquer responsabilidade penal objetiva, bem como, para demonstrar a necessidade de construção de um conceito de culpabilidade que fosse desvinculado desta.

Ante os supracitados problemas que a teoria psicológica deixou de solucionar e, em um momento de superação do positivismo-naturalista com o advento do neokantismo, houve uma influência da teoria dos valores na concepção da culpabilidade. Nesse contexto, Reinhard Frank começou a desenvolver a chamada teoria normativa da culpabilidade ou teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a qual recebeu contribuições de James Goldschmidt; Berthold Freudenthal e Mezger. Frank observou que fatos alheios à vontade do agente poderiam alterar sua maneira de conduzir suas ações, de modo que começou a questionar a necessidade de o sujeito ser censurado por seus atos.<sup>90</sup> Desse modo, sua teoria fixava a culpabilidade na noção de reprovabilidade, adicionando a censurabilidade ao conceito para além do dolo e da culpa, passando estes a serem componentes da culpabilidade e não mais espécies da mesma, sendo que, circunstâncias alheias ao querer do agente poderiam ensejar o afastamento da reprovabilidade da conduta.

A imputabilidade, antes pressuposto da culpabilidade, passa a constituir juntamente com o dolo e a culpa (elementos psicológicos) e com a exigibilidade de conduta conforme o direito (elemento normativo), elementos da culpabilidade.

Ressalte-se que essa teoria não abandonou a relação psicológica entre a conduta e o resultado na culpabilidade já existente na teoria psicológica, mas já não era mais suficiente apenas esse vínculo psicológico, como também a reprovação do agente por não ter conduzido sua conduta em conformidade com o direito.

A culpabilidade, desse modo, deixou de ser apenas o vínculo que liga o agente ao fato, passando a ser também algo que se encontra fora do agente, consistindo em um juízo de valor conferido pelo direito sobre o autor do delito. Ela passou então a ser tida como relação psicológica e juízo de reprovação, concomitantemente, em outras palavras, passou a ser composta de elementos

---

<sup>90</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 441.

psicológicos e normativos. A culpabilidade era compreendida como um juízo de censura que se prestava a avaliar em que medida a atitude do sujeito merece reprovação por opor-se ao direito.

Goldschmidt trouxe relevantes contribuições para a teoria normativa na medida em que, para ele, o fundamento da culpabilidade residia na distinção entre “norma jurídica” e “norma de dever”, acrescentando na noção de culpabilidade o conceito de “contrariedade ao dever” conforme explica Bitencourt:<sup>91</sup>

Goldschmidt distinguia *norma jurídica* e *norma de dever*, sustentando que a *norma jurídica* relaciona-se com o *injusto*, sendo de caráter objetivo e geral; a *norma de dever*, por sua vez, relaciona-se com a *culpabilidade*, sendo de caráter subjetivo e individual. Goldschmidt afasta os elementos fáticos da culpabilidade, reduzindo-a a *juízo de contrariedade ao dever*. Coube-lhe o mérito de haver chamado a atenção para a importância que assume, na construção da culpabilidade, a *vontade contrária ao dever*. A norma de dever, ou de motivação, tem existência independente, ao lado da norma de ação.

Freudenthal, por sua vez, propôs o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade.<sup>92</sup>

O dolo era composto pela consciência, vontade e consciência da ilicitude, de modo que não haveria dolo na ocasião de desconhecimento acerca da ilicitude da conduta. Ademais, além de continuar sendo psicológico, o dolo passou a ser também normativo devido à consciência da ilicitude exigida para sua caracterização. Conforme explicitam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina:<sup>93</sup>

Já desde o Direito romano distinguia-se o *dolus bonus* do *dolus malus*, segundo a maliciosa intenção do agente dirigida “para enganar” ou “para cometer crime”. Mas é sobretudo depois da concepção teleológica do delito e da culpabilidade normativa que, divorciando-se do posicionamento de Von Liszt, passa-se a aceitar a consciência da ilicitude como requisito da culpabilidade, mais precisamente como dado que se agrega ao dolo e assim acolhe-se o denominado *dolus malus* (dolo normativo ou dolo jurídico), isto é, dolo mais consciência da ilicitude. Exige-se que o agente, no momento da conduta, além de representar a realidade fática (requisito intelectual do dolo) e de desejar realizar a conduta (requisito volitivo do dolo), tenha consciência real e inequívoca (ainda que num juízo leigo) de que sua conduta contraria o ordenamento jurídico (é a consciência real da ilicitude ou da antijuridicidade do fato).

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>92</sup> CERREZO MIR, José. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>93</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 555.

Assim, a teoria normativa demonstrou grande preocupação com a vontade reprovável e não apenas com o vínculo psicológico entre a conduta e o resultado, bem como, possibilitou uma graduação da culpabilidade, realizando grandes avanços frente à teoria psicológica.

Ressalte-se que, semelhantemente à teoria psicológica, a teoria normativa também deixou de se atentar a alguns problemas como, por exemplo, no que se refere ao criminoso habitual que agia sem dolo por não possuir consciência da ilicitude de modo que, por conseguinte, também agia sem culpabilidade na medida em que o dolo consistia em elemento da mesma. Ademais, esta teoria ignorou que dolo e culpa são elementos da conduta e não da culpabilidade.

Posteriormente, surgiu a denominada teoria normativa pura da culpabilidade com base na teoria finalista da ação.

Para Welzel, a conduta humana consiste em um fazer final, tendo em vista que o homem, como um sujeito responsável e capaz de prever, em certa medida, possíveis consequências de seus atos, é um ser apto a controlar os processos causais. O dolo, de acordo com o autor, por se tratar de vontade de realização de um fazer final, não poderia permanecer dentro da culpabilidade, tendo em vista que a ação humana restaria sem intencionalidade.

Para essa teoria, orientada pelo finalismo que preconiza a capacidade de autodeterminação, a liberdade de escolha e, portanto, a responsabilidade do sujeito pelos atos por ele praticados, o fundamento da reprovação pessoal reside na conduta realizada de forma contrária ao direito por um indivíduo responsável, dotado de liberdade, que tinha a possibilidade de entender o caráter ilícito de sua conduta e o poder de agir de maneira diversa, isto é, de acordo com esse entendimento.<sup>94</sup>

Essa teoria é denominada “normativa pura” ante o mérito de retirar elementos subjetivos da culpabilidade. Desse modo, o dolo e a culpa são

---

<sup>94</sup> Conforme Welzel: “(...) Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. Sólo aquello que depende de algún modo de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus facultades y sus disposiciones – todo aquello que el hombre simplemente “es”- pueden ser valiosas o de escaso valor (pueden ser también valoradas, por consiguiente), pero sólo lo que haya hecho de ellas o cómo las haya empleado, en comparación con lo que debía haber hecho de ellas o cómo debía haber las empleado, puede serle atribuido como “mérito” o reprochado como culpabilidad. El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad anti-jurídica de un modo más correcto, es decir, conforme con la norma, y esto no en el sentido abstracto de que *algún hombre* en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que este hombre, *en* esta situación, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma.(...)” (WELZEL, Hans. Op.cit., p. 133-134.)

deslocados para o tipo, de forma que a culpabilidade torna-se meramente valorativa, consistindo em um juízo de reprovação em face do autor que, podendo, não agiu conforme o direito. Diversamente do que preconizava a teoria normativa em que o dolo e a culpa consistiam em elementos da culpabilidade, nessa teoria exigem-se como elementos da culpabilidade apenas a imputabilidade; a exigibilidade de conduta conforme ao direito e a potencial consciência da ilicitude, de modo que dolo e a culpa transferiram-se para a conduta.

Frise-se que a imputabilidade se torna central na noção de reprovabilidade pela ótica desta teoria, na medida em que a culpabilidade passa a se situar na ideia de um sujeito responsável e livre, que tenha condições de agir de maneira diversa, de modo que um indivíduo carente de tal liberdade não pode ser imputável e, conseqüentemente, também não será culpável.

Ademais, diferentemente da teoria normativa, para a teoria normativa pura, a consciência da ilicitude não compõe o dolo, passando a integrar também a culpabilidade como possibilidade de conhecimento do injusto. Assim, pela perspectiva da teoria normativa pura, o dolo passa a ser apenas psicológico (natural), composto de previsão e vontade, sendo que o *dolus malus* (consciência sobre a antijuridicidade) passa para a culpabilidade, de maneira que esta é afastada pelo desconhecimento acerca da proibição.

### **3.2. Importância teórica**

Inicialmente, é importante consignar que a culpabilidade não se apresenta em sentido unívoco no direito penal e exerce papel fundamental neste ramo do direito o legitimando em face da sociedade, na medida em que em todos os seus sentidos, se revela como uma limitação ao poder punitivo estatal, expressando se e em que medida o indivíduo deve responder penalmente pelo resultado da conduta por ele praticada. Ela desdobra-se como fundamento da pena; como elemento de medição ou determinação da pena e como impedimento à responsabilidade penal objetiva.

Como *fundamento da pena*, tem-se que a culpabilidade, pela classificação tripartida de delito adotada em nosso sistema, consiste em elemento do crime. Este, pressupõe a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável necessariamente,

de modo que não basta a conduta ser típica e antijurídica para que o sujeito seja considerado culpável.

A culpabilidade, nesse sentido, vincula-se à noção de um juízo de valor realizado sobre a conduta praticada pelo sujeito a fim de se averiguar a possibilidade de atribuição de responsabilidade ante a prática de um fato compreendido como típico e antijurídico. Vale dizer, trata-se de um conceito normativo referente a um juízo de reprovabilidade dirigido ao autor pela prática de uma conduta típica e antijurídica que, independentemente da tipicidade e da antijuridicidade, requer alguns requisitos para se verificar, no caso concreto, se o indivíduo deve ser responsabilizado ou não pelo ilícito por ele praticado.

Mir Puig ressalta que o termo “culpabilidade” há tempos vem recebendo muitas críticas por parte da doutrina e adverte que o termo “imputação pessoal” deixa mais claro que a culpabilidade cuida apenas de atribuir/ imputar o desvalor da conduta a seu autor, de modo que não se castiga uma culpabilidade do sujeito, mas apenas uma conduta antijurídica por ele praticada.<sup>95</sup>

Ademais, os elementos necessários a serem valorados para a configuração da culpabilidade consistem na imputabilidade; na potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta conforme o direito.

Nesse sentido, para que o sujeito seja imputável, tem-se que o mesmo deve ter capacidade de agir em conformidade com a norma, isto é, ele deve ser dotado de capacidade psíquica para compreender o caráter ilícito de sua conduta e de dirigir a mesma de acordo com tal compreensão. Desse modo, os fatores que conduzem o sujeito à condição de inimputável de acordo com o Código Penal pátrio são: doença

---

<sup>95</sup> Segundo o autor: “Desde Von Liszt, la doctrina absolutamente dominante acogió el término “culpabilidad” para exigir la posibilidad de imputación del injusto a su autor. Pero ya hace tiempo que se van alzando voces en contra de la conveniencia de este término. No repetiré aquí los argumentos que en su momento esgrimí para abandonar su uso (a diferencia de lo que había hecho en las ediciones anteriores de este libro) (cfr. Supra, Lección 5, III). Sólo añadiré que la expresión imputación personal tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una “culpabilidad” del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor. Sin embargo, mantendré en esta Lección la evolución histórica del concepto usual de “culpabilidad”, evolución que desearía continuar aunque sea con otra terminología.” (MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 9ª ed. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 534.)



mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado; menoridade penal; embriaguez completa oriunda de caso fortuito ou força maior.<sup>96</sup>

Além de imputável, também se faz necessário que o indivíduo tenha, no mínimo, a possibilidade de compreender o caráter ilícito da conduta, vale dizer, deve-se averiguar se o sujeito tinha a possibilidade de saber que sua conduta era antijurídica, sendo que o erro de proibição exclui o potencial conhecimento da ilicitude.

Ainda, para a caracterização da culpabilidade, além dos elementos supramencionados, se faz necessário que o indivíduo tenha podido agir de outra maneira ao invés de praticar o ilícito.<sup>97</sup> Aqui, averigam-se as condições em que o sujeito agiu e se as mesmas não fugiram da normalidade, isto é, daquilo que é normalmente esperado para a prática daquela conduta, de maneira que o descumprimento da norma em circunstâncias anormais pode ser justificado quando constatado que o indivíduo estava impossibilitado de agir em conformidade com o direito naquela ocasião.

Vale dizer, como fundamento da pena, o princípio da culpabilidade orienta que o sujeito para que seja considerado culpável, apresente características que conduzam o aplicador da sanção a concluir que ele era um sujeito verdadeiramente livre em um sentido psicológico para compreender o caráter ilícito de sua conduta e que mesmo assim decidiu realizá-la, ainda que, podendo optar por agir em conformidade com o direito.<sup>98</sup> Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “um

---

<sup>96</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.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal (...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 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

<sup>97</sup> Roxin critica a exigibilidade como fundamento para a reprovação por entender que trata-se de uma cláusula totalmente carente de conteúdo, de modo que não pode ser tida como fundamento material da imputação da culpabilidade. O autor sustenta, que dizer que uma conduta é reprovável porque outra era exigível do autor, não fundamenta a razão da imputação, isto é, não responde porque era exigível outra conduta. (ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 60.)

<sup>98</sup> Para Welzel “La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla. La culpabilidad contiene, pues, una doble relación: La acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. En esta doble relación, del no *deber* ser antijurídica por *poder* ser jurídica,

injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.”<sup>99</sup>

Muñoz Conde sustenta que embora consigamos apreender através de vivências a capacidade de o indivíduo atuar de outro modo, a mesma é algo cientificamente indemonstrável e a culpabilidade, portanto, não deve ser fundamentada com base em tal fundamento:<sup>100</sup>

Aparentemente existe uma capacidade de escolha entre várias opções para qualquer pessoa, e essa capacidade constitui o pressuposto do atuar humano social e juridicamente relevante; daí, que se excluam do âmbito da ação juridicamente relevante as reações puramente instintivas, inconscientes ou resultantes da força irresistível. Mas este pressuposto é puramente descritivo e é insuficiente para fundamentar o conceito de culpabilidade, que tem fins pragmáticos e serve para justificar e limitar a imposição de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico.

Uma coisa é certa: entre várias opções possíveis sempre se pode escolher, mas não sabemos quais são as razões últimas que impulsionam a eleger entre uma e outra opção. Por isso, não é possível fundamentar a culpabilidade em algo que não conhecemos suficientemente.

Dessa forma, em que pesem as considerações críticas à estrutura da culpabilidade, a mesma leva em consideração a autodeterminação humana e o livre-arbítrio, de maneira que a culpabilidade como concebida atualmente, atrela-se à noção de que o homem, como um ser responsável, capaz de autodeterminar-se e de prever, em certa medida, possíveis consequências de seus atos, também deve responsabilizar-se pelos mesmos. Vale dizer, suas condutas tomadas livremente são passíveis de reprovação/ censura. Assim, a culpabilidade se pauta no entendimento

---

consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad. Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría *podido* satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme a la norma. Y al ser sobre todo la *voluntad* de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción. (Por ello puede calificarse de "culpable", con la misma razón, tanto a la voluntad como a la totalidad de la acción)." (WELZEL, Hans, Op. cit, p. 125-126.)

<sup>99</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...**, p. 539.

<sup>100</sup> MUÑOZ CONDE Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris, 1998, p. 127.

de que o sujeito apenas pode ter sua conduta considerada como reprovável porque antes ele é responsável.

De acordo com Welzel, a liberdade em que se pauta a culpabilidade não significa uma livre escolha pela prática do mal, ele não ignora que existem fatores externos ao sujeito que influenciam suas condutas, mas, por outro lado, ele considera que, apesar de tais fatores, o homem, como um ser dotado de responsabilidade, é capaz de determinar seus impulsos conforme o sentido, isto é, possui capacidade de dirigir sua conduta final em conformidade com a norma jurídica. Nas palavras do autor:<sup>101</sup>

(...) A culpabilidade não significa "livre" decisão em favor do mal, mas ficar preso a coação causal dos impulsos sendo o sujeito capaz de autodeterminação conforme o sentido. O delito é, portanto, em efeito, inteiramente, um produto de fatores causais e a suposição e inclusive a indicação da porcentagem que a "livre vontade do autor" haja participado, junto a disposição e o mundo circundante, na gênese do delito (SAUER, Kriminologie, ps. 59 y ss.) é um jogo peregrino. O direito penal não parte tampouco da tese indeterminista de que a decisão de cometer o delito proceda inteiramente, ou em parte, de uma vontade livre e não do concurso da disposição e do mundo circundante; parte do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado a responsabilidade, está existencialmente em condições de orientar finalmente (conforme o sentido) a dependência causal dos impulsos. A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme o sentido em um sujeito responsável.

Entretanto, o pensamento de Welzel sobre liberdade da vontade, ante a dificuldade da aferição desta, não deixou de receber críticas, conduzindo a afirmações de que tal liberdade não pode servir de fundamento para a culpabilidade.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> No original: "(...) La culpabilidad no significa "libre" decisión en favor del mal, sino quedar preso de la coacción causal de los impulsos siendo el sujeto capaz de autodeterminación conforme a sentido. El delito es, por ello, en efecto, enteramente, un producto de factores causales y la suposición e incluso la indicación del porcentaje en que la "libre voluntad del autor" haya participado, junto a la disposición y el mundo circundante, en la génesis del delito (SAUER, Kriminologie, ps. 59 y ss.) es un juego peregrino. El derecho penal no parte tampoco de la tesis indeterminista de que la decisión de cometer el delito proceda enteramente, o en parte, de una voluntad libre y no del concurso de la disposición y el mundo circundante; parte del conocimiento antropológico de que el hombre, como ser determinado a la responsabilidad, está existencialmente en condiciones de encauzar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos. La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino precisamente la falta de una decisión conforme a sentido en un sujeto responsable." (WELZEL, Hans, Op. cit, p. 145, tradução nossa).

<sup>102</sup> Nesse sentido, Hassemer afirma que: "Aunque por razones distintas de las que comúnmente se aducen, se puede considerar como una cierta el que la dogmática de la culpabilidad se haya desvinculado de la polémica sobre la libertad de voluntad. No creo que el derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente, puedan existir o entenderse bajo la hipótesis determinista

Roxin ressalta que a liberdade de vontade carece de comprovação empírica e afirma que não se pode saber se no momento dos fatos o autor realmente era capaz de tomar uma decisão com base na vontade contrária à prática delitativa, de modo que o que de fato se está em discussão não é a incontroversa questão do poder do indivíduo de agir de forma diversa, mas sim de verificar o que a ordem jurídica exige do autor de acordo com suas condições e circunstâncias externas ao ocorrido em comparação com as de outros homens, o que não se configura como uma comprovação pertencente ao mundo do ser, mas como um modo de limitação da responsabilidade penal que atenda a pontos de vista normativos.<sup>103</sup>

Brunoni ressalta que embora cientificamente o livre-arbítrio não seja aferível, se supõe uma autodeterminação humana para escolher entre realizar uma conduta em detrimento de outra. Parte-se da ideia de que o homem deve ser tratado pelo Estado como livre e capaz de ser responsabilizado por suas escolhas, de modo que não se pretende investigar uma real liberdade humana, mas parte-se do pressuposto de que essa liberdade de escolha existe e que o Estado deve tratar o indivíduo como livre.<sup>104</sup>

Zaffaroni, Alagia e Slokar afirmam que o segundo nível do princípio da culpabilidade,<sup>105</sup> que se pauta na possibilidade de o agente conhecer a proibição e

---

de la dirección causal. Más bien creo que también en el ámbito del derecho, siempre pensamos anticipadamente en la libertad de los demás, y que esa libertad es condición (si bien trascendental) de la posibilidad no solo de una comunicación humana, sino de cualquier comunicación intrapersonal. Esta idea no es, sin embargo, apta para servir de base a un reproche de culpabilidad frente al delincuente. Las circunstancias en que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en un todo dentro del proceso penal, que en la recopilación del material básico de la condena está obligado al método de la observación. Y precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience. Lo que se puede aprehender con el instrumental del proceso penal no es la libertad del acusado para actuar de otro modo, sino las limitaciones materiales de la libertad, los indicadores de los déficit de libertad. En el proceso penal no se puede averiguar las alternativas que le quedan al acusado tras esas limitaciones. La polémica sobre la libertad de voluntad es, por tanto, totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad.” (HASSEMER, Winfried. Op cit., p. 58).

<sup>103</sup> ROXIN, Claus. **Culpabilidad...**, p. 62.

<sup>104</sup> BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 161-162.

<sup>105</sup> De acordo com os autores, a culpabilidade se desdobra em dois níveis, senão vejamos: “A nadie pueden imputársele acciones prohibidas (a) sino ha tenido la posibilidad -cuando menos- de prever el resultado de su conducta, pero tampoco (b) cuando no le haya sido posible conocer la conminación penal de ella y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta. Si bien es mucho más irracional pretender imponer una pena por un resultado fortuito, no por ello deja de presentar un intolerable grado de irracionalidad pretender penar por un resultado querido o previsto, cuando su agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca, pues, los dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación

adequar sua conduta ao direito se expressa com a máxima de que *não há pena sem exigibilidade*. Eles sustentam que esse nível do princípio pressupõe um ente capaz de decidir de acordo com valores, isto é, um ser capaz de autodeterminação e sustenta que o desconhecimento desse pressuposto significa negar a base do Estado de Direito e esvaziar de sentido o princípio democrático, tendo em vista que a democracia apenas tem sentido quando pressupõe que os seres humanos são capazes de tomar decisões. Os autores ainda asseveram que o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos se assentam sobre esse pressuposto.<sup>106</sup>

Em outro sentido, a culpabilidade apresenta-se como *medição da pena*, impondo limites ao poder punitivo estatal. Por esta perspectiva, a pena deve corresponder à gravidade do delito, isto é, deve ser proporcional ao nível de reprovabilidade por ele merecido. Assim, o princípio da culpabilidade guarda certa relação com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que este coíbe a aplicação de penas excessivas e assume papel fundamental na individualização da pena.

Brunoni critica veementemente pretensões atreladas à questões de política-criminal que visam anexar à concepção de culpabilidade a finalidade preventiva da pena. O autor afirma que possibilitar que finalidades preventivas influenciem na medida da pena é uma maneira de utilizar o indivíduo como instrumento para que o Estado alcance seus fins. De acordo com ele, não se pode sacrificar a liberdade individual em prol de um objetivo de política-criminal, de forma que a culpabilidade como medida da pena deve ser norteadá única e exclusivamente pela gravidade do delito.<sup>107</sup> Nesse sentido, o autor considera que o princípio da culpabilidade possui importância fundamental num Estado Democrático de Direito como corolário do princípio da dignidade humana, protegendo o indivíduo para que não seja instrumentalizado pelo Estado por objetivos de cunho político-criminal.<sup>108</sup>

---

o adecuar su conducta a derecho.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho**..., p. 140.)

<sup>106</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>107</sup> De acordo com o autor: “Deve-se rechaçar, portanto, o “funcionalismo normativista” do conceito de culpabilidade, no qual o juízo de censura ficaria entregue a meros fins de política criminal ou de prevenção. Se o conceito de culpabilidade ficasse entregue a meros fins da pena, o Princípio de Culpabilidade restaria nulo na proteção do indivíduo contra manipulação do Direito Penal por razões arbitrárias de política criminal. Aliás, visto nessa perspectiva, não haveria nenhuma razão para entendê-lo como garantia constitucional.” (BRUNONI, Nivaldo, Op. cit., p. 36.)

<sup>108</sup> Ibidem, p. 35.

Contrariamente, alguns defendem que objetivos político-criminais referentes à finalidade da pena devem sim exercer influência sobre a culpabilidade.<sup>109</sup> Nesse sentido, Bitencourt afirma: “Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena.”<sup>110</sup>

De forma análoga, Muñoz Conde alerta que a pena adequada à culpabilidade pode não ser suficiente para que o Direito Penal atinja suas funções preventivas.<sup>111</sup> O autor ainda salienta que não existe uma culpabilidade em si, mas sim em relação aos demais, de modo que a culpabilidade é um fenômeno social e não individual, isto é, não se trata de uma qualidade da ação, mas de uma característica atribuída à mesma para poder imputar a um indivíduo determinada conduta como seu autor, de forma que este seja responsável por ela. Para ele, é a sociedade que dita num determinado momento histórico os limites do culpável e do que não é culpável.<sup>112</sup> Nesse sentido, o autor ainda pondera:<sup>113</sup>

Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou, inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio.

No entanto, o autor admite que eventualmente a finalidade preventiva geral pode conduzir a aplicações de penas excessivas e a culpabilidade dificilmente pode frear tais excessos sob pena de imposição de uma pena insatisfatória para fins preventivos.<sup>114</sup> Mas, de outro modo, ele afirma que a pena adequada à culpabilidade também pode cumprir a função preventiva geral uma vez que a pena correspondente a culpabilidade também é apropriada do ponto de vista preventivo,

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, Muñoz Conde: “Lo único que se puede hacer para superar la situación actualmente existente, respetando al máximo las paredes maestras del sistema dogmático y del Derecho vigente es dotar a la culpabilidad de un contenido capaz de incluir en el también las necesidades preventivas. En un Estado democrático y social de Derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el Derecho Penal y no para entorpecerla.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 62.)

<sup>110</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 64.

<sup>111</sup> MUÑOZ CONDE. Francisco. **Derecho...**, p. 59.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>113</sup> MUÑOZ CONDE. Francisco. **Teoria...**, p. 129.

<sup>114</sup> MUÑOZ CONDE. Francisco. **Derecho...**, p. 65.

salientando ainda, que se for compatível com fins de prevenção geral, a pena pode diminuir com base em necessidades de prevenção especial.<sup>115</sup>

Adepto desta concepção de culpabilidade atrelada à fins preventivos, Roxin defende que uma proporcionalidade sentida como justa entre culpabilidade e pena forma um consenso na comunidade jurídica e assegura a autoridade, o que é muito útil para a manutenção do ordenamento jurídico. Ele assevera, que a relevância do bem jurídico para a sociedade influirá na medida da culpabilidade, bem como, também determinadas circunstâncias atinentes à personalidade do autor influirão no grau de sua culpabilidade. Nesse sentido, o autor sustenta que a pena pela culpabilidade atende necessidades de prevenção geral e também atende necessidades de prevenção especial, tendo em vista que o indivíduo que cometeu o delito, sendo membro daquela comunidade jurídica aceitará melhor uma pena sentida como justa por sua comunidade.<sup>116</sup> O autor sustenta ainda, que o princípio da culpabilidade limita a prevenção especial na medida em que a liberdade do cidadão é para o legislador em delitos “normais” mais importante do que uma pena excessiva, principalmente quando o efeito ressocializador da pena sentida como justa pelo autor do delito puder compensar, no caso concreto, a diminuição do tempo da mesma.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 66-67.

<sup>116</sup> Nas palavras do autor: “La pena adecuada a la culpabilidad en el sentido del § 46, StGB, es, ante todo, un instrumento de prevención general: la paz jurídica y la vigencia de las normas se aseguran, en opinión del legislador, del mejor modo, haciendo de la culpabilidad del autor «fundamento de la determinación de la pena» (§ 46, párr. 1º, StGB), ya que una proporcionalidad sentida como justa entre culpabilidad y pena proporciona a la condena la posibilidad de un consenso en la comunidad jurídica y le asegura la autoridad, que es sumamente útil para el mantenimiento del ordenamiento jurídico (78). Con ello se produce entre magnitud de la culpabilidad y necesidad preventiva un efecto recíproco que requiere un análisis todavía más detenido: en cierto modo, la magnitud de la culpabilidad misma viene influida ya por la prevención general, ya que, al depender de modo relevante de la gravedad de la lesión del bien jurídico que, por su parte, se basa en el valor que ese bien jurídico tiene para la sociedad, el interés preventivo se convierte directamente en un factor determinante de la magnitud de la culpabilidad (79). Pero igualmente hay también circunstancias que se dan en la personalidad del autor y que son relevantes para el grado de culpabilidad que, por su parte, reducen la necesidad preventiva general: en los casos del § 21, StGB, p. ej., se acepta por la comunidad, dada la culpabilidad disminuida del autor, también una pena inferior (y no tanto porque se admita una disminución de la culpabilidad por una menor necesidad preventiva general). De todos modos, en su resultado final, la pena por la culpabilidad corresponde a las necesidades de una prevención general tendente a la integración y satisfacción. Pero de esto se deduce también una función preventiva especial de la pena adecuada a la culpabilidad (80): pues dado que el delincuente mismo es miembro de la comunidad jurídica, aceptará también por su parte aún mejor una pena sentida como justa por la comunidad y será sensible a su llamada.” (ROXIN, Claus. **Culpabilidad**..., p. 181-182.)

<sup>117</sup> Segundo o autor: “Igualmente, el principio de culpabilidad limita naturalmente la duración de una acción de tipo preventivo especial; la libertad del ciudadano es para el legislador en los delitos «normales» (es decir, no necesitados de medidas) más importantes, que una excesiva duración de la

Desse modo, Roxin pondera que se a pena pela culpabilidade for reconhecida como instrumento de prevenção e que inclusive se sua determinação for pautada por fins preventivos, sua eficácia protetora que decorre de um Estado Democrático de direito não será diminuída.<sup>118</sup>

No que tange ainda à culpabilidade como medição da pena, Brunoni ressalta que esta seria mais ampla que em sua concepção de fundamento da pena. Isto porque, a culpabilidade em sua face de medição da pena englobaria não apenas condições pessoais do autor, mas também circunstâncias concorrentes e o resultado do fato, o que implicaria numa distinta gradação de censura penal, abarcando o delito como um todo, bem como sua preparação e consequências.<sup>119</sup>

Em outro sentido, a culpabilidade apresenta-se como *vedação à responsabilidade penal objetiva*, vale dizer, de acordo com essa face do princípio, ninguém responderá pelo mero resultado sem que tenha agido com dolo ou culpa. Desse modo, a responsabilidade penal será sempre subjetiva, conforme leciona Nilo Batista:<sup>120</sup>

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma "a culpabilidade não se presume", que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: "a culpa não se presume". A responsabilidade penal é sempre *subjetiva*.

Ferrajoli ressalta que o princípio da culpabilidade é uma conquista moderna, não tendo sido incorporado nos ordenamentos primitivos. Tratando de alguns modelos de responsabilidade objetiva e contrários à pessoalidade da pena, o autor sustenta que na fase arcaica do direito penal, a pena decorria do elemento objetivo da lesão, em desconsideração às intenções do agente e não havia imputação do

---

pena para conseguir el tratamiento con éxito, tanto más cuanto el efecto resocializador de un grado de la pena sentida como justa por el delincuente puede compensar, en el caso concreto, la reducción de la duración del tratamiento." (Ibidem, p. 183.)

<sup>118</sup> Em suas palavras: "Si se reconoce que la pena por la culpabilidad no recibe su sentido de la retribución, sino que es un instrumento de prevención y también que incluso en su magnitud viene determinada por necesidades preventivas, su eficacia protectora, consecuencia del Estado de Derecho, por cuya causa es irrenunciable, no se ve disminuida en lo más mínimo." (Ibidem, p.183.)

<sup>119</sup> BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 322.

<sup>120</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 104.



resultado do delito somente ao autor, vez que a pena era tida como uma “vingança de sangue” e a responsabilidade recaía para além dele, também sobre sua família, do mesmo modo que sua imposição era um direito-dever não só do ofendido, como também de seu grupo familiar.<sup>121</sup>

Ele também cita o direito hebreu em que não se distinguia os delitos voluntários dos acidentais, sendo que a pena podia ser imposta até a sétima geração de descendentes do ofensor, bem como o antigo direito germânico, na Idade Média, em que a vingança se dava em face do ofensor e de seus agregados, e ainda possibilitava a realização de um pacto privado para além do ressarcimento de danos que também prescindia da voluntariedade da ação e poderia recair não apenas sobre o ofensor, mas também sobre seus familiares. Ele conclui que a identidade subjetiva e a igualdade de todos os seres humanos tratam-se de uma conquista, de certo modo, recente no direito penal e afirma que tais modelos não vigoraram no direito romano, em que consagrou-se o princípio da culpabilidade, tendo perdurado, apesar de certas exceções, até a compilação de Justiniano, sendo posteriormente teorizado pelo pensamento iluminista na passagem da tradição romana à cristã, depois transformado no séc. XIX e codificado nos ordenamentos modernos.<sup>122</sup>

Entretanto, por uma perspectiva histórica não linear, mas crítica, diversamente das colocações acima expostas, Zaffaroni, Alagia e Slokar alertam que a exclusão da imputação de um resultado fortuito – responsabilidade objetiva (que, para ele, seria o primeiro aspecto do princípio da culpabilidade) –, não decorre de uma “evolução do direito” como comumente os manuais nos levam a crer. Nesse sentido, os autores afirmam que a violação desse postulado não se restringe apenas aos ordenamentos penais primitivos, mas tem ocorrido em todas as épocas, principalmente nos regimes totalitários e autoritários, sendo que ainda ocorre. Eles explicam que nas sociedades tribais a gravidade do conflito era medida pelas consequências produzidas e que a sanção possuía cunho reparador, privilegiando a reparação da vítima, o que foi modificado quando apareceu um novo conceito que

---

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op cit., p. 390.

<sup>122</sup> Idem.

revolucionou as representações morais, que é o de norma jurídico penal. Ressaltam que somente com o confisco da vítima apareceu a subjetividade para castigar.<sup>123</sup>

Os autores ainda afirmam que se a responsabilidade objetiva não deve ser aceita em nenhum ramo do saber jurídico, também não o deve principalmente no direito penal, tendo em vista que o princípio da culpabilidade possui hierarquia constitucional e internacional.<sup>124</sup>

Ademais, para melhor fundamentar a vedação da responsabilidade objetiva, Ferrajoli elenca quatro fundamentos externos ou políticos do princípio da culpabilidade que a impossibilitam. Realizando em uma breve exposição de cada um deles, o primeiro consiste na reprovação da ação, segundo o qual, uma conduta não culpável não é passível de punição e de proibição porque não pode ser reprovada. O segundo diz respeito à função utilitarista da prevenção geral, que apenas pode se dar em face de ações culpáveis, vez que, caso contrário a mesma não surtiria efeitos intimidatórios. Proposto por Hart, o terceiro fundamento dispõe que, o princípio da culpabilidade possibilita que os indivíduos planejem a forma de condução de suas vidas tomando como ponto de partida a estrutura coativa do

---

<sup>123</sup> No original: “En cuanto al *primer aspecto del principio de culpabilidad (exclusión de la imputación de un resultado fortuito)*, no es cierto que su violación se limite a ordenamientos penales primitivos, pues se lo ha violado en todas las épocas, particularmente en los totalitarismos y autoritarismos, al vincular automáticamente un mal social con la sola pertenencia a un grupo, organización, religión, etnia, ideología, etc., y se lo sigue violando en la actualidad de diversas maneras. Tampoco puede identificarse su respeto como indicador del grado de evolución del derecho penal, que era un argumento funcional en una sistemática conforme a criterio objetivo/subjetivo, particularmente para la teoría psicológica de la culpabilidad. Con el paso a un concepto normativo y complejo de la culpabilidad, en que el criterio sistemático general pasa de lo objetivo y subjetivo al *Sollen* y el *Können* (deber y poder), se exige también el reproche en función de la exigibilidad y se perfilan los dos aspectos del principio. Pero con independencia de la funcionalidad, no es verdad que los datos subjetivos permitan medir el grado de *evolución* de un derecho penal ni que la imputación por el resultado se asocie a sociedades tribales, pues si bien en ellas ya gravedad del conflicto se medía por las consecuencias, ello se debía a que la sanción tenía carácter reparador, privilegiaba la satisfacción de la víctima por sobre la idea de castigo de la voluntad o la negligencia del autor, lo que se invirtió recién cuando apareció un nuevo concepto que revolucionó las representaciones morales, que es el de norma jurídico penal. Sólo con la confiscación de la víctima apareció la subjetividad para castigar, porque desapareció la víctima a la que reparar: no por mera paradoja es que con la *inquisitio* surgió el requerimiento subjetivo. Simplemente, la confiscación de la víctima, con una norma de castigo pretendidamente ubicada por sobre las partes, con el fin o el pretexto de evitar la venganza y la guerra civil, allanó el camino a la *inquisitio*, llevada a cabo por un juez también pretendidamente *imparcial*, porque no se pone del lado de la víctima, pero que se afilia a una nueva parcialidad, al pasar a luchar contra intenciones opuestas al poder del soberano, acabando por castigar todas las intenciones que considere lesivas o peligrosas para ese poder.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho...** p. 140.)

<sup>124</sup> Segundo o autor: “El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva que, si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón debe serlo en la del derecho penal. Si bien nadie postula hoy la responsabilidad objetiva en materia penal, el *versari* se filtra en sentencias y aun en la doctrina. Dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional e internacional, cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*.” (Ibidem, p. 141.)

direito, assegurando-os de que, mesmo quando alguns erros forem cometidos, um indivíduo que agiu em conformidade com o direito, não será penalizado. Por fim, o quarto e último fundamento dispõe que além da impossibilidade das condutas culpáveis serem as únicas passíveis de reprovação, previsão e prevenção, também são as únicas que podem ser proibidas. Nesse sentido, ele sustenta que as proibições penais configuram-se como normas reguladoras em face da conduta dos indivíduos, na medida em que possibilitam que as normas sejam violadas ou respeitadas por seus destinatários.<sup>125</sup>

Note-se, portanto, que a impossibilidade de responsabilização penal objetiva encontra guarida nos postulados do Estado Democrático de Direito, mormente por impedir a aplicação de uma pena em caráter meramente retributivo.

Disso decorre que o princípio da culpabilidade exerce papel fundamental no direito penal em um Estado Democrático de Direito, representando uma garantia para o acusado frente aos excessos do poder punitivo estatal, orientando se e em que medida o agente deve ser responsabilizado por sua conduta.

Todavia, como visto, inúmeras divergências circundam a culpabilidade, o que levou Ferrajoli a reconhecer a dificuldade de sua comprovação empírica e a afirmar que a mesma é “o problema sem dúvida mais complicado da filosofia do direito penal”,<sup>126</sup> bem como que o único consenso acerca da mesma diz respeito “ao fato de que ela constitui o elemento do delito cuja comprovação implica maiores embaraços.”<sup>127</sup>

Ademais, em que pese todas as divergências doutrinárias que recaem sobre os diversos aspectos da culpabilidade, de modo que doutrinadores diferentes tenham entendimentos distintos de como a mesma deve cumprir com seus objetivos de limitação do poder punitivo estatal, há certo consenso de que a mesma é fundamental para este fim.

### **3.3. Efeitos no direito penal**

Através da ótica positivista, o direito penal era visto como um instrumento de defesa social, na medida em que o crime era entendido como decorrente da

---

<sup>125</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit, p. 393.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 401.

personalidade criminosa do autor. O crime era tido como fruto de uma patologia de modo que a reprovabilidade se pautava na periculosidade do autor. Havia então, uma criminalização pela conduta e não pelo fato. Não se focava no que o sujeito fez, mas no que ele era.<sup>128</sup>

O direito penal do autor analisa o crime por uma perspectiva lombrosiana que fere a dignidade humana punindo o sujeito por características pessoais e não pela efetiva prática de um ato criminoso. Ademais, ele considera o comportamento do autor antes e depois do delito, e não o delito em si, de modo que observa este como decorrência de sua personalidade, sendo o indivíduo considerado perigoso em face do corpo social, devendo, portanto, ser neutralizado.

Francisco de Assis Toledo, ao tratar das diversas correntes que seguem o direito penal do autor assevera que os autores que a sustentam partem da premissa de que, em alguns casos, a faculdade de entendimento de injusto está afetada pela conduta de vida do agente e, ante a dificuldade de aferição da possibilidade de agir de modo diverso, tais autores acreditam que o único modo de se utilizar o juízo de culpabilidade, seria retirando-o do âmbito do fato e inserindo-o no âmbito do autor.<sup>129</sup>

Entretanto, decorre do princípio da culpabilidade o direito penal do fato vigente em um Estado Democrático de Direito, que preconiza que um indivíduo somente poderá ser culpado por um fato que tenha praticado e não por características pessoais ou pelo modo de conduzir sua vida.

O princípio da culpabilidade, servindo como fundamento ao direito penal do fato possibilita que a pena decorra de um ato voluntariamente praticado por uma pessoa responsável, capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, bem como, de agir em conformidade com o direito, de modo que a pena será imposta na medida de sua culpabilidade em relação àquele fato praticado e, desconsiderando qualquer coisa além disso.

Nesse sentido, Bacigalupo orienta que se deve tomar em conta apenas a atitude do indivíduo para a caracterização da culpabilidade, sendo que culpabilidade pelo fato leva em conta tão somente a culpabilidade pelo delito e não por comportamentos anteriores ou posteriores à este. Ele ainda assevera que a culpabilidade não será maior pela conduta socialmente incorreta do indivíduo, bem

---

<sup>128</sup> BRUNONI, Nivaldo, Op. cit., p. 47.

<sup>129</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 235.

como, não há relevância para a culpabilidade se o indivíduo já foi condenado anteriormente por algum crime.<sup>130</sup>

O autor ainda trata dos pressupostos filosóficos do direito penal do fato e do direito penal do autor, respectivamente:<sup>131</sup>

O pressuposto filosófico da primeira posição é a liberdade de vontade: todos os homens são livres para decidir conforme ou contra o direito; a decisão contra o direito é a base do juízo sobre a culpabilidade. De modo contrário, quem prefere o segundo critério tende a partir de uma premissa *determinista*: o fato se explica pela personalidade do autor e como sintoma dela. Enquanto o primeiro ponto de vista está vinculado às teorias retribucionistas, o segundo se adequa às exigências da prevenção especial. Estes pressupostos filosóficos não admitem prova alguma em seu favor: nem a liberdade da vontade nem o determinismo podem alegar uma prova no sentido do princípio de razão suficiente; se trata de axiomas que conduzem, como é lógico, a soluções bem diferentes na prática do direito penal.

Nesse sentido, uma das consequências trazidas ao âmbito do direito penal pelo princípio da culpabilidade trata-se do direito penal do fato como orientador do direito penal num Estado Democrático de Direito que respeita a dignidade humana, garantindo que a reprovabilidade dirá respeito tão somente ao fato praticado pelo sujeito e impossibilitando eventuais responsabilizações por estereótipos e pelo modo de o indivíduo conduzir sua vida.

Saliente-se que, em que pese oficialmente tenhamos adotado o direito penal do fato, é fácil constatar a presença de institutos oriundos do direito penal do autor em nosso sistema como, por exemplo, na dosimetria da pena em que a personalidade do agente é circunstância judicial para o aumento de pena na primeira fase e a reincidência é considerada como uma agravante.

O princípio da culpabilidade também garante a vedação da responsabilidade penal objetiva. Vale dizer, o direito penal apenas permite a responsabilização pelos atos voluntariamente praticados pelo sujeito através de dolo ou culpa. Deve-se

<sup>130</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. 3ª ed. Madrid: Akal, 1994, p. 172.

<sup>131</sup> No original: “El *presupuesto filosófico* de la primera posición es la libertad de voluntad: todos los hombres son libres de decidir según o contra el derecho; la decisión contra el derecho es la base del juicio sobre la culpabilidad. Por el contrario quienes prefieren el segundo criterio suelen partir de una premissa *determinista*: el hecho se explica por la personalidad del autor y como síntoma de ella. Mientras el primer punto de vista está vinculado a las teorías retribucionistas, el segundo se adecúa a las exigencias de la prevención especial. Estos presupuestos filosóficos no admiten prueba alguna en su favor: ni la libertad de voluntad ni el determinismo pueden alegar una prueba en el sentido del principio de razón suficiente; se trata de axiomas que conducen, como es lógico, a soluciones bien diferentes en la práctica del derecho penal.” (Idem, tradução nossa.)

vislumbrar na atitude do indivíduo uma disposição contrária ao direito, seja pela intenção direta de violar a norma, seja pelo descumprimento de um dever de cuidado imposto pela mesma. Contrariamente, não cabe a responsabilização do indivíduo por resultados oriundos do mero acaso no direito penal.

Aqui reside a grande importância da Teoria Psicológica da Culpabilidade que foi a precursora na elaboração de um conceito de culpabilidade e, apesar de muito criticada pelo vínculo psicológico que exigia para a caracterização da mesma, freou eventuais tentativas de responsabilização penal objetiva.

Vale também a menção ao exposto por Zaffaroni constante no tópico acima sobre a responsabilidade penal objetiva não ser algo restrito a um passado distante, mas que se mostrou presente em todas as épocas.

Outra contribuição fundamental trazida pelo princípio da culpabilidade diz respeito à pessoalidade da pena. Não se admite que seja responsabilizada pessoa diversa daquela que cometeu o crime, bem como, os partícipes responderão na medida de sua culpabilidade. Nesse sentido, Brunoni assevera que não se pode dissociar autoria de responsabilidade, tendo em vista que esta não é passível de ser transferida e é fundamental antes de se aplicar a pena, verificar se a conduta deve, de fato, ser atribuída àquela pessoa. Isto é, deve-se averiguar se a conduta poderia ter sido evitada pelo agente, caso contrário deve-se considerar que o mesmo não agiu voluntariamente, mas foi conduzido por forças alheias ao seu domínio. Ainda deve-se averiguar se o indivíduo cometeu o delito direta ou indiretamente ou se ele se favoreceu com o mesmo.<sup>132</sup>

Nilo Batista sustenta que derivam duas consequências da personalidade da pena, quais sejam, a intranscendência e a individualização da pena. De acordo com o autor, a primeira veda que a pena ultrapasse o autor do crime, enquanto pela segunda a responsabilidade é sempre pessoal. Nesse sentido, ele ainda pondera que:<sup>133</sup>

Não há no direito penal responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Nada pode, hoje, evocar a infâmia do réu que se transmitia a seus sucessores. A intranscendência da pena coloca a questão da família do condenado pobre (art. 5º., inc. XLV CR), e fundamenta a existência, no sistema de seguridade social, de um “auxílio reclusão”. Por *individualização* se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a

---

<sup>132</sup> BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 100-101.

<sup>133</sup> BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 104-105.

exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina.

Zaffaroni, Alagia e Slokar entretanto, ponderam que a transcendência do poder punitivo aos familiares e pessoas que cercam o condenado é inevitável ante os efeitos estigmatizantes gerados pela pena.<sup>134</sup>

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos os que rodeiam o delinquente, pelo menos por não ter denunciado sua atividade, e considera perigosa a sua família, porque podem vingar o delinquente. Essas características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso instiga a delação pelo terror e consagra a *corrupção do sangue*. No estado de direito a pena deve ser pessoal e não transcender a pessoa do delinquente. Daí que a CN, ao definir a traição – para evitar que se confunda com os delitos contra o governo – estabelece que, inclusive a seu respeito, *a pena não passará da pessoa do delinquente, nem a infâmia do réu se estenderá a seus parentes de qualquer grau* (art. 119 CN). (...) Um efeito transcendente da prisionização é a privação de relação sexual com o parceiro, que coloca o terceiro na opção entre a abstinência ou a dissolução do vínculo afetivo. Outra transcendência é o vexame aos visitantes dos presos, imposto com o pretexto de segurança. A proibição da mortificação do art. 18 CN deve estender-se, com muito mais razão, a parentes e amigos.

Brunoni assevera que não se pode negar os efeitos reflexos da pena como, por exemplo, o afastamento do trabalho, que pode conduzir ao argumento de que isso prejudicaria os familiares dependentes. Entretanto, como dito, ele afirma que trata-se de efeito reflexo da pena, de modo que se tal argumento pudesse ser invocado, quase toda execução penal poderia ser compreendida como inconstitucional.<sup>135</sup>

O princípio da culpabilidade também nos conduz ao entendimento de que apenas é possível a responsabilização de pessoas que tenham condições psíquicas

<sup>134</sup> No original: “El estado de policía extiende la responsabilidad a todos los que rodean al delincuente, por lo menos por no haber denunciado su actividad, y considera peligrosa a su familia, porque pueden vengar al delincuente. Estas características se acentúan en los delitos que afectan la existencia del estado, que en el estado de policía se confunde con el gobierno. Por ello instiga a la delación por el terror y consagra la *corrupción de la sangre*. En el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente. De allí que la CN, al definir la traición -para evitar que se confunda con los delitos contra el gobierno- establece que, incluso a su respecto, la pena *no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado* (art. 119 CN). (...)”

Un efecto transcendente de la prisionización es la privación de relación sexual con la pareja, que coloca al tercero en la opción entre la abstinencia o la disolución del vínculo afectivo. Otra transcendencia es el vejamen a los visitantes de los presos, impuesto con pretexto de seguridad. La prohibición de la mortificación del art. 18 CN debe extenderse, con mucha más razón, a parientes y amigos.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho...**, p. 131-132, tradução nossa.)

<sup>135</sup> BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p.101.

de entender o caráter ilícito da conduta, de forma que não basta que a responsabilidade seja pessoal e subjetiva apenas. É o que Mir Puig chama de princípio de imputação pessoal.<sup>136</sup> Para ele, esse princípio pode se apoiar na necessidade de que o fato punível seja atribuído a seu autor como um produto de uma racionalidade normal que possibilite enxergá-lo como obra de um ser suficientemente responsável. Ele afirma ainda, que de acordo com o princípio da igualdade real, a imputação pessoal deve ser vista como pressuposto da pena, de forma que seria contrário à igualdade impor uma pena a uma pessoa que não dispõe de motivabilidade normal que fosse análoga à uma pena imposta a alguém que possui tal motivabilidade.<sup>137</sup>

Isso conduz ao entendimento de que não são passíveis de serem penalmente responsabilizados os enfermos mentais, os menores de idade, bem como, aqueles que agiram sob erro de proibição.

Brunoni também defende que a culpabilidade cumpre papel de limite superior da pena, tendo em vista que, pela concepção do autor, a culpabilidade deve se pautar apenas na gravidade do delito e não levar em consideração objetivos de política criminal, o que instrumentaliza o sujeito.<sup>138</sup>

Em outro aspecto, a culpabilidade como juízo de reprovação não se trata de uma culpabilidade moral, mas jurídica, de modo que não visa ajustar moralmente o sujeito. Não cabe a um Estado Democrático de Direito julgar atitudes éticas ou morais, mas tão somente o fato praticado, bem como, não cabe ao Estado impor penas considerando tais valores. O juízo de reprovação que deve ser feito diz respeito à verificação de se nas condições em que se encontrava, o indivíduo poderia ou não agir conforme o direito.<sup>139</sup>

Desse modo, pode-se afirmar que o princípio da culpabilidade exerce papel fundamental no direito penal, limitando o poder punitivo estatal em face do autor de um crime, ao mesmo tempo em que possibilita a atribuição de responsabilidade pessoal ao indivíduo que, voluntariamente contrariou a norma violando um bem jurídico protegido pelo direito penal. Nesse sentido, analisaremos em seguida posições favoráveis e contrárias à responsabilização penal da culpa inconsciente, a

---

<sup>136</sup> MIR PUIG, Santiago. **Direito**..., p. 409.

<sup>137</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho**..., p. 107.

<sup>138</sup> BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 112.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 117.



fim de demonstrar qual teria relação de maior proximidade com um direito penal mínimo.

## **4. Posições possíveis**

### **4.1. Pela culpabilização**

De acordo com a concepção atualmente adotada, a culpabilidade possui caráter normativo, não importando, desse modo, a subjetividade do sujeito no momento da realização do crime, vez que são levados em consideração certos padrões de conduta analisados externamente, dois quais se presume que o indivíduo poderia ter dirigido sua conduta de modo diverso. Assim sendo, a caracterização da culpabilidade não exige uma real consciência da ilicitude, contentando-se com a mera possibilidade da mesma, de forma que a culpa inconsciente é abarcada pela culpabilidade. Nesse sentido, embora a previsibilidade objetiva e a exigibilidade não sejam isentas de críticas por parte da doutrina, pode-se dizer que, atualmente, nelas, juntamente com a violação do dever objetivo de cuidado, reside o fundamento da culpabilização e conseqüente criminalização da culpa inconsciente, de modo que, pela doutrina majoritária, na culpa consciente e na culpa inconsciente, o conteúdo do injusto e a culpabilidade são os mesmos.

Os autores que defendem essa posição, entendem que o sujeito que realiza uma conduta que viola um dever de cuidado acarretando em um resultado contrário ao ordenamento jurídico, poderia tê-lo previsto com um mínimo de esforço e, por conseguinte, o evitado caso tivesse atuado de maneira mais diligente.

Nesse sentido, como visto, a doutrina adota determinados critérios para determinar em que medida o indivíduo poderia ter agido em conformidade com o direito e, em que pese haja divergências acerca do critério a ser adotado (se o critério do homem médio ou homem prudente; do standard mínimo ou da experiência comum; se deve ser considerada a previsibilidade subjetiva, de acordo com as características pessoais do indivíduo ou se deve ser levado mais em conta um padrão objetivo de conduta, exigido de todos os sujeitos em condições psíquicas normais) os autores que defendem tal criminalização concordam que, de alguma maneira, por meio de algum destes critérios, a conduta do indivíduo era passível de ser evitada pelo mesmo, vez que o resultado era previsível e igualmente evitável por parte do autor.

Pode-se afirmar, ainda, que os que defendem a criminalização da culpa inconsciente e, de um modo geral, a culpa, vez que, como visto, parte da doutrina não considera essa modalidade culposa como detentora de menor gravidade, entendem que ela é necessária para que as pessoas direcionem determinadas condutas de maneira cautelosa e diligente, sendo passíveis de censura penal, portanto, condutas previsíveis e evitáveis contrárias ao dever objetivo de cuidado necessário para a realização de determinada atividade essencial para o bom desenvolvimento da vida em sociedade.

Importa ressaltar a concepção já exposta de Zaffaroni, Alagia, Slokar e Nilo Batista de que na culpa inconsciente a exigibilidade não é de que o indivíduo tenha conhecimento, mas diz respeito à atualização de conhecimentos preexistentes. Vale dizer, essa percepção considera que o resultado somente é previsível ao autor porque antes disso ele já conhece a possibilidade da ocorrência de possíveis resultados decorrentes de assumir determinada conduta. Assim sendo, os autores não consideram a possibilidade de o indivíduo ter realizado certa conduta que não era de seu costume, que gere um resultado inesperado e que, portanto, desconheça o dever de cuidado que deveria ter sido tomado para sua execução. Contrariamente, partem do pressuposto de que, por meio de um *standard mínimo*, todos os indivíduos pertencentes a uma determinada comunidade, que compartilhem de uma mesma cultura, possuem certos conhecimentos compartilhados, não havendo que se falar em desconhecimento acerca do dever de cuidado quando a conduta realizada estiver dentro dos parâmetros deste *standard mínimo*.

Interessante observar também a já mencionada posição de Tavares, que sustenta a congruência do princípio da culpabilidade no âmbito da chamada negligência inconsciente e reconhece que, em tal modalidade culposa, o indivíduo pratica determinada conduta sem saber que está lesando um dever de cuidado. Ademais, também é interessante observar na posição do autor, que ele defende a compatibilidade entre negligência inconsciente e princípio da culpabilidade dentro de certos parâmetros, na medida em que afirma que tal compatibilidade apenas seria observada na presença de dois requisitos: 1) quando ocorrer uma grave violação à norma de cuidado – tendo em vista que, nesta ocasião, o autor entende que o sujeito é capaz de reconhecer sua incapacidade para a realização da atividade e dirigir sua conduta de outra maneira; 2) essa grave violação deve estar em

conformidade com a intensidade do risco em que o bem jurídico foi exposto – vale dizer, a intensidade da conduta perigosa também demonstraria que o indivíduo poderia reconhecer o risco.

Também é interessante analisar a posição de Roxin que, não obstante considere que a culpabilidade abarca a culpa inconsciente, critica a exigibilidade como fundamento para a culpabilidade alegando que a mesma se trata de cláusula carente de conteúdo na medida em que não define o porque se exige outra conduta do sujeito,<sup>140</sup> mas entende que o fundamento para a culpabilidade no âmbito dos delitos imprudentes, de modo geral, reside no conhecimento acerca das circunstâncias fundamentadoras do perigo em que o agente não identifica uma possível lesão em relação a bens jurídicos advinda de determinada conduta, sendo que, basta a simples possibilidade de conhecimento acerca de tais circunstâncias para que a conduta seja passível de reprovação e, essa possibilidade de conhecimento, segundo o autor, não deve ser analisada por meio do entendimento de que outros indivíduos não poderiam considerar as circunstâncias que não foram apreciadas por uma única pessoa, tendo em vista que, para o autor, a vida social exige que os indivíduos tenham certo controle de perigos resultantes dela,<sup>141</sup> vale dizer, ele entende que essa análise deve ser objetiva e, quando positiva, fundamenta a culpabilidade no âmbito dos delitos imprudentes.

---

<sup>140</sup> De acordo com o autor: “Y efectivamente es así: la «exigibilidad» es una cláusula carente totalmente de contenido y que, sólo por ello, ya no puede ser el fundamento material de la imputación de la culpabilidad. Si a la pregunta: «¿por qué se le reprocha su conducta al autor?», se responde: «porque le era exigible otra conducta», dicha respuesta no hace sino aplazar la cuestión y oscurecer la razón de la imputación; pues sigue sin saberse, y esto es lo único importante, **por qué** se le exige (o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no se le exige) otra conducta. No hay aquí paralelismo con el concepto de la «anti-juridicidad material», que comúnmente se determina como «nocividad social» tipificada. La nocividad social es un criterio con contenido y, pese a todos los problemas, susceptible en principio de concreción material; la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía. Hasta qué punto se la puede emplear en la teoría jurídico-penal de la culpabilidad como criterio regulador en el sentido de Henkel, es algo de lo que nos volveremos a ocupar más adelante; pero en cualquier caso no se la puede tomar en consideración como principio rector normativo de este grado del delito.” (ROXIN, Claus. **Culpabilidad...**, p. 60.)

<sup>141</sup> Segundo o autor: “Cuando alguien conoce circunstancias fundamentadoras de peligro, la culpabilidad imprudente radica en el simple hecho de no haber extraído la consecuencia de una posible lesión de bienes jurídicos. Si p.ej. alguien deja andar sueltos a unos perros fieros y no adiestrados que a consecuencia de ello atacan a un niño y lo matan (OLG Stuttgart NJW 1976, 1852), no modifica en nada la imprudencia el que el mismo no haya considerado (pensado en) esta consecuencia. Basta incluso la mera cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fundamentadoras del peligro. La apreciación de que no estaría en poder de nadie el considerar las circunstancias que a uno no se le pasan por la cabeza es errónea. Toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él; si hiera de otro modo, entonces p.ej. el tráfico automovilístico comportaría riesgos insostenibles y debería ser suprimido.” (ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 1020.)

De modo diverso, ao mesmo tempo em que considera que a culpa inconsciente trata-se de verdadeira culpa material, mas também criticando a chamada possibilidade de agir de outra forma na situação concreta, Figueiredo Dias sustenta que tal possibilidade é inverificável e,<sup>142</sup> que por meio dela, assim como do livre-arbítrio, é possível construir uma crítica no sentido de que assim estamos a “construir todo o direito penal sobre um pressuposto não esclarecido, a substituir as realidades da vida por hipóteses metafísicas não só indemonstráveis, como susceptíveis de entrar em conflito com as realidades psicofísicas experimentalmente comprováveis.”<sup>143</sup>

Jakobs não critica a culpabilização da culpa inconsciente, tanto que não considera relevante a distinção entre as modalidades culposas, tendo em vista que, segundo o autor, ambas se caracterizam negativamente, vale dizer, pelo desconhecimento da realização do tipo, mas critica a previsibilidade objetiva nos delitos imprudentes, por considerá-la incompatível com o conceito individual de ação. Ademais, para o autor, quando o sujeito não conhece todas as circunstâncias pertencentes ao tipo, embora sejam cognoscíveis, atua imprudentemente. Ele define tal cognoscibilidade da seguinte maneira: “As circunstancias são não obstante cognoscíveis quando o autor, na hipótese de omitir um comportamento de determinada classe e com determinadas conseqüências, teria percebido seu comportamento e suas conseqüências no instante do fato como improváveis e portanto o teria omitido.”<sup>144</sup> Vale dizer, embora ele critique a previsibilidade objetiva como fundamento para a culpabilidade em tais delitos, considerando portanto, a previsibilidade subjetiva para tal, entende como necessária para a responsabilização a possibilidade de conhecimento das circunstâncias do tipo pelo sujeito nos crimes culposos, sendo que, na definição dessa possibilidade, na verdade o autor se refere ao conhecimento efetivo das circunstâncias do tipo pelo agente e não de mera cognoscibilidade, vez que considera que o indivíduo teria percebido seu comportamento e suas conseqüências no momento do cometimento do fato, embora acreditasse que eram improváveis o acontecimento de tais conseqüências, o que,

---

<sup>142</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.35.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>144</sup> Segundo o autor: “Las circunstancias son no obstante cognoscibles cuando el autor, supuesto el motivo de omitir un comportamiento de determinada clase y con determinadas consecuencias, habría percibido su comportamiento y sus consecuencias en el instante del hecho como improbablemente así determinados y por tanto lo haría omitido.” (JAKOBS, Gunther. Op cit., p. 381.)

evidentemente não se configura como mera cognoscibilidade, pois não há como ser apenas cognoscível ao sujeito aquilo que efetivamente foi por ele percebido.

Welzel afirma que o conteúdo do injusto dos delitos culposos consiste mormente no desvalor da ação, considerando-se que o desvalor do resultado produzido possui função delimitadora ao destacar entre condutas que não observam o cuidado devido, aquelas que são relevantes ao direito penal.<sup>145</sup>

O autor ainda entende que a culpa inconsciente decorre de um defeito reprovável de caráter, por considerar que existem camadas de personalidade formadas por um conjunto de decisões adotadas num momento anterior ao delito que se convertem numa atitude interna da personalidade do indivíduo formando um determinado caráter, denominado caráter adquirido.<sup>146</sup> O autor entende que os atos repetidos na vida cotidiana para a realização de determinada atividade tornam-se automáticos e são reproduzidos de maneira inconsciente, retirando a necessidade de o indivíduo ter de prestar atenção detalhada em todos os movimentos necessários para exercer tal atividade. Isto é, são atos que, em sua origem são conscientes e, devido sua constante repetição, tornam-se inconscientes, incorporando-se à conduta do indivíduo.<sup>147</sup> Nesse sentido, segundo o autor, o conteúdo da culpabilidade na culpa inconsciente residiria no fato de que o indivíduo, por meio das diversas decisões tomadas na condução de sua vida social, que formaram sua personalidade, não desenvolveu de maneira satisfatória a atenção inconsciente acerca dos perigos.

De acordo com autor, ainda, as tentativas mais importantes de explicar o conteúdo da culpabilidade na culpa inconsciente partem de duas teorias, quais

---

<sup>145</sup> No original: "El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro (de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal." (WELZEL, Hans. Op. cit., p. 111-112.)

<sup>146</sup> Nas palavras do autor: "Este "orden de actitudes y reglas de conducta", incorporado por las decisiones y las acciones realizadas anteriormente y que ha pasado a lo inconsciente, es lo que se denomina carácter adquirido, es decir, aquella capa de la personalidad en la que "las disposiciones y capacidades innatas y específicas del hombre, de tipo lingüístico, intelectual, artístico y religioso" llegan "a su muy variable desarrollo" (ROTHACKER, p. 87). Carácter, en este sentido, es tanto el resultado de las acciones anteriores como base determinante de acciones futuras." (Ibidem, p. 150-151.)

<sup>147</sup> De acordo com o autor: "Todas las disposiciones para la acción que hay en nosotros hemos tenido que adquirirlas y ejercitarlas antes, de un modo laborioso, repitiendo aisladamente los diversos actos. Esta reserva de disposición es para la acción automatizadas, que funciona en lo semiinconsciente y en lo inconsciente, nos permite realizar fines cada vez más lejanos y amplios." (Ibidem, p. 153.)

sejam, a teoria da vontade e a teoria do sentimento. Ele explica que, de acordo com a primeira, a culpa inconsciente trata-se de um ato concreto de infração consciente do dever, frequentemente em um momento anterior a ação que causa lesão a um bem jurídico. Já para a segunda, o fato de o indivíduo não pensar nas possíveis consequências de seus atos reflete uma falta de sentimento ou interesse por um bem jurídico, ou por impedir uma violação ao direito, o que, segundo o autor, demonstra um defeito de caráter por parte do agente.<sup>148</sup>

É possível perceber, desse modo, que embora haja certo consenso por parte da doutrina sobre o conceito de culpabilidade abarcar a culpa inconsciente, não há unanimidade sobre a forma como esse alcance deve se dar, porquanto há divergências acerca da estrutura da culpabilidade e da própria culpa, de um modo geral, que influenciam diretamente no âmbito da culpabilidade na culpa inconsciente e que variam desde qual deve ser o critério adotado para o conteúdo do dever de cuidado, até o questionamento da previsibilidade objetiva e da exigibilidade de conduta diversa nos delitos culposos, esta, estruturante ao conceito de culpabilidade atualmente adotado, bem como também sequer há unanimidade sobre qual o fundamento da culpabilidade nos delitos culposos.

#### 4.2. Pela não culpabilização

Embora seja posição minoritária, já faz alguns séculos que há quem defenda a falta de legitimidade da punibilidade da culpa inconsciente. Conforme ressalta Aguiar Filho, no séc. XIX esse posicionamento pode ser encontrado nas posições de Zerbst, Robhit e Luden, do mesmo modo, no séc. XX, por Kohlrausch.<sup>149</sup> Entretanto, como veremos adiante, alguns, embora afirmem a incompatibilidade da culpabilidade com a culpa inconsciente, consideram a importância de uma resposta penal com fins pedagógicos atrelados à questões de política criminal.<sup>150</sup>

Aguiar Filho, embora defenda a imputação penal na culpa inconsciente, entende que apesar da teoria normativa da culpabilidade fundamentar a reprovabilidade dessa modalidade culposa, a mesma não explica satisfatoriamente

<sup>148</sup> Ibidem, p. 151-152.

<sup>149</sup> OLIVEIROS, Guanais de Aguiar Filho. **Imprudencia inconsciente y derecho penal de la culpabilidad**. Barcelona, 2016. 342 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universitat Pompeu Fabra. p.150.

<sup>150</sup> Idem.

sobre a legitimidade de tal reprovabilidade, isto é, não responde de maneira precisa sobre o porquê punir nessas hipóteses.<sup>151</sup> O autor ainda critica a incoerência do posicionamento de alguns autores contrários à possibilidade de a culpa inconsciente ser considerada culpável, na medida em que, ao mesmo tempo em que afirmam a incompatibilidade da culpa inconsciente com a culpabilidade, entendem pela necessidade de pena para fins de política criminal.<sup>152</sup>

Nesse sentido, por exemplo, Oscar Adolf Germann reputa como necessária a vinculação psíquica do autor com o resultado para que se possa falar em culpabilidade, de modo que sua concepção não considera a punibilidade da culpa inconsciente, embora também não considere a reprovabilidade da culpa consciente, vez que esta consiste na previsão da mera possibilidade do resultado. Em que pese possua tal entendimento, o autor defende, de forma ampla, a aplicação de medidas de segurança e medidas policiais de prevenção e proteção, ainda que para casos de culpa sem resultado lesivo.<sup>153</sup>

Também Bockelmann entende que a culpabilidade consiste na culpabilidade da vontade, de sorte que em tal modalidade culposa, por não haver conhecimento por parte do indivíduo acerca da atuação contrária ao direito, não há que se falar em culpabilidade, entretanto, consente com a punibilidade da culpa inconsciente para casos de culpa grave.<sup>154</sup>

Nesse sentido, Aguiar Filho pondera sobre a imprescindibilidade da culpabilidade para a fundamentação da pena, senão vejamos:<sup>155</sup>

Dele resulta que nem sequer no sistema de Roxin, abertamente construído em atenção às necessidades político-criminais, a culpabilidade deixa de exercer um papel fundamental irrenunciável do castigo, até o ponto de que chega a construir um limite às próprias necessidades preventivas, o que implica que a ausência de culpabilidade configura um obstáculo intransponível à imposição de pena.

---

<sup>151</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>152</sup> Ibidem, p.153.

<sup>153</sup> Ibidem, p.150.

<sup>154</sup> Ibidem, p.152.

<sup>155</sup> No original: “De ello resulta que ni siquiera en el sistema de *Roxin*, abiertamente construido en atención a necesidades político-criminales, la culpabilidad deja de ejercer un papel de fundamento irrenunciable del castigo, hasta el punto de que llega a constituir un límite a las propias necesidades preventivas, lo que implica que la ausencia de culpabilidad configura un obstáculo insalvable a la imposición de pena.” (Ibidem, p.154, tradução nossa.)



Arthur Kaufmann também é adepto ao posicionamento de que há incompatibilidade entre culpabilidade e culpa inconsciente. Segundo o autor, a lei moral é objetiva e todos os deveres advêm de um valor ético objetivamente dado, não podendo ser constituídos de outro modo. Ademais, para ele, o dever, que decorre da moral, consiste em fundamento para a responsabilidade e para a culpa. Dessa forma, ele considera que só existem deveres jurídicos como deveres éticos, assim como culpa jurídica como culpabilidade ética, de modo que o conteúdo do princípio da culpa é o mesmo no direito e na ética.<sup>156</sup>

De acordo com o autor, a culpabilidade penal confunde-se com culpabilidade ética, consistindo em uma decisão de vontade livre e auto-responsável contra um dever ético reconhecido, o que o leva a concluir que culpabilidade é culpabilidade da vontade.<sup>157</sup>

Nesse sentido, segundo ele, apenas a culpa consciente é compatível com a culpabilidade ética ou culpabilidade da vontade, tendo em vista que nesta modalidade o agente atua com consciência concreta acerca do perigo a que o bem jurídico foi exposto, vale dizer, aqui a culpabilidade se restringe ao perigo, pertencendo este à estrutura da representação da vontade. Por sua vez, na culpa inconsciente, falta a consciência do perigo ao bem jurídico, de sorte que, nesta modalidade, não há culpabilidade de vontade pois não há vontade da realização do perigo, o que contraria a estrutura da culpabilidade penal por uma ótica da culpabilidade ética. O autor excetua casos envolvendo a teoria da *actio libera in causa*, em que num momento anterior ao delito, há uma ligação subjetiva entre a representação do agente e determinado resultado típico.<sup>158</sup>

Kaufmann entende, desse modo, que o princípio da culpabilidade apenas será efetivamente aplicado no direito penal quando dele for retirada a culpa inconsciente, sendo que tal entendimento também é válido para a concepção normativa da culpabilidade, na medida em que a culpa como mera normatividade é inexistente na realidade, devendo a mesma ancorar-se em um núcleo real, expressando-se, mormente, por meio de uma conduta psicoespiritual, o que não se demonstra na culpa inconsciente.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> TAVARES, Juarez. Op cit., p. 116.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 117-119.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 119.

Segundo o autor, é uma suposição afirmar que o agente poderia prever e evitar o resultado, vale dizer, é uma hipótese que diz respeito à possibilidade de culpa, mas não a culpa em si. Ademais, para ele, na culpa inconsciente pune-se pela medida do resultado e não pela medida de uma culpa.<sup>160</sup>

Contudo, apesar de afirmar a incompatibilidade do princípio da culpabilidade com a culpa inconsciente, Kaufmann não defende a aplicação prática de tal entendimento devido a fins de política criminal.<sup>161</sup> Por tal motivo, a posição do autor é uma das criticadas por Aguiar Filho, vez que não faz sentido a afirmação de que a culpa inconsciente é incoerente com o princípio da culpabilidade, ao mesmo tempo em que se admite sua penalização para fins de política criminal, o que acaba por esvaziar a fundamentação da pena em tais casos.

Aguiar Filho também comenta sobre posições que justificam a imposição de pena na culpa inconsciente por meio de um ato de consciência anterior ao acontecimento do delito, o que foi demasiadamente estudado nos Estados Unidos por meio da denominação de “*culpable ignorance*”.<sup>162</sup> Nesse sentido, o autor afirma que os estudiosos dessa teoria tentam fundamentar a culpa inconsciente com base na chamada “*tracing*”, na qual a ignorância é culpável porque o agente deve saber, no momento em que deixa de obter conhecimento sobre a possibilidade de violação do dever de cuidado, podendo obtê-lo, que não buscar informações para exercer determinado ato acarretará em um risco injustificado passível de gerar dano. Ele afirma que essa formulação não resolve o problema da fundamentação da culpa inconsciente, na medida em que ainda exige a infração consciente de um dever, o que consistiria, a grosso modo, em culpa consciente.<sup>163</sup>

Alguns autores também recorrem à *actio libera in causa* para fundamentar a culpabilidade na culpa inconsciente, de maneira semelhante ao que se pretende efetuar com a “*tracing*”, vez que tal fundamentação se pauta em um momento de consciência anterior ao delito. Nesse sentido, Molina Fernández sustenta que tentativas de responsabilização de atos inconscientes que não possam ser conduzidos a atos conscientes, configuram-se como renúncia expressa à

---

<sup>160</sup> BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Souza e. **A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente:** uma investigação dogmática à luz das ciências cognitivas. Lisboa, 2012. 459 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p.173.

<sup>161</sup> TAVARES, Juarez. Op cit., p. 120.

<sup>162</sup> OLIVEIROS, Guanais de Aguiar Filho. Op. cit., p. 143.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 144.

responsabilidade pessoal, o que o conduz a defender a punibilidade da culpa inconsciente apenas quando houver um ato consciente prévio.<sup>164</sup>

De forma análoga tem-se o entendimento de Ernst Amadeus Woff, que embora reconheça que a falta de conexão subjetiva entre o agente e o resultado na culpa inconsciente faz com que a mesma seja incompatível com seu conceito de ação, a qual depende de uma decisão consciente em determinado momento, tenta fundamentar a punibilidade de exceções relativas a culpa grave, nas quais decisões anteriores do agente que acarretem no afastamento da consciência do mesmo para a identificação de riscos, fazendo com que seu ato posterior, apesar da falta de conhecimento acerca do perigo, seja decorrência daquelas decisões anteriores, consistindo, por isso, em ações culpáveis.<sup>165</sup>

Em outro sentido, Silvestroni afirma que é questionável a punição da culpa inconsciente por faltar conexão subjetiva do indivíduo com o resultado que possibilite um juízo de reprovabilidade a posteriori. Segundo o autor, se trataria de uma descrição típica de um acontecimento vinculado apenas objetivamente ao resultado.<sup>166</sup>

Ele salienta que, por um viés funcional se entende que esse tipo de culpa é, de modo geral, mais grosseira e perigosa, não sendo possível sua impunidade, sendo que a possibilidade de sua punibilidade constitui ponto principal contra a teoria psicológica. Afirma, nesse sentido, que nenhum argumento funcional pode prevalecer em face de um princípio constitucional e que, se o que se denomina de culpa inconsciente é algo objetivamente ligado ao autor, se não há um mínimo reconhecimento do perigo ou da violação ao dever de cuidado e se não há previsibilidade do resultado, não se pode afirmar a tipicidade da conduta. Ele sustenta, ainda, que são inconstitucionais os tipos qualificados pelo resultado e toda descrição típica de eventos desvinculados da subjetividade do autor, sendo que aqui se inclui a culpa inconsciente, na medida em que a mesma seja compreendida como um evento desconectado da subjetividade.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>165</sup> Ibidem, p.159.

<sup>166</sup> SILVESTRONI, Mariano Hugo. **Teoría Constitucional del Delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p.231.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 231-232.

Köhler, por outro lado, nega a existência de um tipo de ilícito sem tipo subjetivo.<sup>168</sup> O autor defende que o que se entende por negligência inconsciente é um conceito muito amplo e abrange dois tipos de casos, quais sejam, um primeiro em que inserem-se violações conscientes de normas de cuidado, comumente caracterizadas como normas de perigo abstrato, em que ele considera corretamente puníveis, ao mesmo tempo em que entende que o fundamento de tal punibilidade é errôneo por se basear num conceito equivocado de ilícito, vez que abarca situações envolvendo perigo abstrato e prescinde de imputação subjetiva. O segundo grupo de casos, por sua vez, consistiria em situações relativas a limitações da capacidade humana de rendimento como falta de atenção, esquecimento, falhas decorrentes de desatenção em situações de sobrecarga, esgotamento, bem como circunstâncias que envolvem demasiada exigência ou situações de emoção, não consistindo tais ações em mero descumprimento voluntário da norma.<sup>169</sup>

De acordo com o autor, considerar este grupo de casos puníveis significa levar em consideração uma mera falha objetiva para onerar o indivíduo, desconsiderando-se a falibilidade humana. Para ele também há uma incompatibilidade da punibilidade ampla da negligência em face de uma concepção cautelosa com o critério subjetivo para a delimitação da norma de cuidado, vez que tal concepção deveria levar em consideração oscilações involuntárias de capacidade de percepção e de juízo como as decorrentes de distração, rotina ou cansaço.<sup>170</sup>

Com base na constitucionalidade do princípio da culpa, o autor considera que deveria haver uma restrição dos casos de negligência para casos de negligência grave e subjetivamente consciente e reconhece a necessidade de uma formulação legislativa mais precisa nesse sentido.<sup>171</sup>

Hassemer, por sua vez, toma como ponto de partida a discussão sobre a incompatibilidade da lei penal com o princípio da culpabilidade para abordar a questão. Ele sustenta que o princípio da culpabilidade tem sido muito criticado e considerado sinal de um direito penal autoritário que desvia a corresponsabilidade da sociedade do delito para o indivíduo, no qual se expressa a maldade geral, bem como afirma que o referido princípio também tem sido compreendido como um empecilho ao alcance de um direito penal humanitário que não amarre do autor do

---

<sup>168</sup> BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Souza e. Op cit., p. 175.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 176-177.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 177.

delito com sua culpabilidade, mas que lhe indique soluções. Entende ainda, que o próprio legislador, durante muito tempo, tem corrompido o princípio da culpabilidade onde o mesmo impossibilita a realização de uma eficaz política criminal. Nesse sentido, ao afirmar a incompatibilidade da lei penal com o princípio da culpabilidade, aduz que “as condições objetivas de punibilidade ou o castigo da imprudência inconsciente são fatos que recordam ao penalista o quão incompatíveis são, por vezes, lei penal e o princípio da culpabilidade”.<sup>172</sup>

Interessante observar que a crítica de Hassemer possui certa semelhança com aquela realizada por Aguiar Filho, tendo em vista que ambos se demonstram contrários à supressão do princípio da culpabilidade por finalidades político-criminais.

De modo distinto, Jürgen Rath defende que para que se possa falar em injusto, é imprescindível um vínculo subjetivo entre o agente e a possibilidade de lesão. O autor considera fundamental a consciência atual do perigo, de forma que a culpa inconsciente ficaria de fora dessa estrutura. Ademais, ele não abre exceções para a punibilidade em casos de atos conscientes anteriores ao cometimento do resultado danoso o que, segundo ele, corresponderia a imiscuir-se na condução de vida do potencial agressor em um momento distante do fato.<sup>173</sup> Nesse sentido também se dá o posicionamento de Nikolaus Wrage, tendo em vista que o autor considera a censura penal possui cunho de agressão e é contrária à autonomia jurídica de outrem, o que não pode ser compatível com a ausência de consciência da pessoa, independentemente do modo de sua condução de vida.<sup>174</sup>

Importa ainda consignar alguns posicionamentos da doutrina americana, como o de Jerome Hall, considerado precursor da teoria crítica à imputação penal em casos de ignorância. Segundo o autor, a responsabilidade penal advém da responsabilidade moral, sendo que a obrigação moral se determina pela opinião do agente em face dos fatos reais, e não sobre os fatos reais em si, o que o leva a sustentar que não há elemento mental quando há erro sobre os fatos, pois em tais casos o agente não percebe que sua conduta pode gerar um dano, sendo que para ele o elemento mental é imprescindível para a caracterização do delito.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> HASSEMER, Winfried. Op cit., p. 51.

<sup>173</sup> OLIVEIROS, Guanais de Aguiar Filho. Op. cit., p. 160-161.

<sup>174</sup> Ibidem, p.161.

<sup>175</sup> Ibidem, p.162.

Interessante no posicionamento do autor, é que para ele não possui relevância a discussão sobre se o erro é vencível ou invencível, pois, no seu entendimento, não seria possível a fundamentação da culpabilidade da conduta desatenta ainda que se pudesse afirmar a possibilidade do agente de ter atuado de maneira distinta se o mesmo tivesse pensado de forma acertada. Para ele, danos decorrentes de desatenção ou ignorância consistem em simples incompetência ou ineficiência, não podendo ser comparados a comportamentos voluntários lesivos, que constituem os reais objetos do direito penal. Aduz ainda, que a eficiência e a competência não seriam adquiridas pelo castigo, caindo por terra eventuais argumentos preventivos.<sup>176</sup>

Ademais, o autor sustenta que esse tipo de responsabilização trata-se de responsabilidade objetiva, tendo em vista que tal modalidade culposa não se embasa na reprovação moral à conduta do agente e se aplica apenas em relação a alguns delitos, o que demonstraria uma reação emocional em casos que geram graves consequências. Afirma ainda, que seria impossível ao juiz ter certeza se uma determinada pessoa, a qual ele mal conhece, teria competência para perceber certos deveres e perigos em uma situação concreta, quando os fatos apontam que a pessoa não demonstrou deter tal competência.<sup>177</sup>

Larry Alexander, por sua vez, sustenta que a culpabilidade funda-se em um vício moral relacionado com a despreocupação com interesses alheios, bem como pressupõe o controle do agente sobre seus atos e consequências, o que não ocorre com quem atua por meio da culpa inconsciente, vez que em tais casos há uma falta de controle do indivíduo sobre sua própria ignorância. O autor considera ainda que a culpabilidade depende da forma de observação do indivíduo para com sua própria conduta, vale dizer, do que ele acreditava sobre a natureza e as consequências da mesma e de quais foram suas razões para atuar da forma com que atuou considerando tais crenças. Ademais, para ele, o sujeito não estaria em condições de atuar de maneira diversa quando, por desconhecer o risco, não tinha nenhuma razão para agir de outro modo, sendo que a punição em tais casos teria caráter meramente consequencialista.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Ibidem, p.162-163.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 165.

Outrossim, o autor critica o critério da “pessoa razoável na situação do agente” por considerá-la um critério arbitrário e indefinido na medida em que não há parâmetros que apontem como o juiz deverá considerar esta pessoa razoável e que conhecimentos serão a ela atribuídos em comparação à aquele indivíduo do caso concreto.<sup>179</sup>

Importa ressaltar também a posição de Matt King, segundo a qual não seria possível realizar uma fundamentação geral para a responsabilidade em casos de culpa inconsciente, tendo em vista que em tais casos, o indivíduo não pode ser considerado responsável pelo dano por ele causado. O autor aborda a questão por duas premissas iniciais, quais sejam, o paradigma da responsabilidade com base em algum elemento mental consciente e o fato de que a ausência de conhecimento se considera frequentemente uma forma de eximir o indivíduo de responsabilidade. Para ele, não há que se considerar a culpa inconsciente como uma vontade reprovável, tendo em vista que tal vontade não teria como ser expressada tão somente por um fato descuidado, mormente quando se tratar de um indivíduo que costuma agir cautelosamente. Ademais, afirma que muitas condutas descuidadas atingem pessoas que não possuem rivalidades com o agente, de modo que também não seria possível interpretar a qualidade da vontade como qualidade de sentimento.<sup>180</sup>

Não obstante as diferenças nos entendimentos supracitados quanto aos motivos pelos quais tais autores consideram ou que não é possível a fundamentação da punibilidade da culpa inconsciente ou que a mesma é incompatível com a estrutura da culpabilidade, é possível depreender dos mesmos certa unanimidade no reconhecimento de que, no mínimo, a responsabilização por atos decorrentes de culpa inconsciente é questionável justamente pela ausência de vínculo subjetivo entre o autor e o resultado, sendo que, como visto, alguns tentam buscar uma fundamentação para a punibilidade em um momento de conhecimento prévio, o que, como bem ponderado por Aguiar Filho, não é uma alternativa satisfatória por não resolver o problema da ausência de conhecimento, podendo tais situações serem consideradas como culpa consciente.

Interessante também observar que alguns adotam o entendimento de que esta modalidade culposa seria, até mesmo, uma forma responsabilização pelo

---

<sup>179</sup> Idem.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 166.

resultado. De qualquer modo, insta salientar que a punibilidade da culpa inconsciente encontra guarida no conceito normativo de culpabilidade por este exigir a potencial consciência da ilicitude, o que, consoante expõe Aguiar Filho, ainda não explica satisfatoriamente sobre o porquê punir em tais casos.

#### 4.3. Culpa inconsciente pela ótica do direito penal mínimo

Conforme anteriormente demonstrado, existem inúmeras divergências acerca da culpabilidade e da natureza dos próprios delitos culposos que influenciam diretamente na culpa inconsciente. Nesse sentido, não há unanimidade se para a configuração dos crimes culposos deve ser considerada a previsibilidade subjetiva ou a objetiva, bem como, se a exigibilidade deve ser considerada fundamento válido para a configuração da culpabilidade em tais crimes.

Aqui, vale dizer que se a estrutura da culpabilidade, de um modo geral, já é questionada pela dificuldade de confirmação da possibilidade de agir de outro modo,<sup>181</sup> tal questionamento deve ser potencializado no que toca à sua congruência com a culpa inconsciente, em que não há mínimo vínculo subjetivo entre o agente e o resultado a fim de demonstrar o livre poder de escolha por parte do indivíduo entre uma conduta ou outra, e que ele teria optado pela conduta delitiva, ainda que esta se trate de conduta culposa.

Pode-se afirmar, nesse sentido que a possibilidade de motivação na norma resta diminuída na culpa inconsciente, de forma que é forçoso falar em “liberdade” nessas hipóteses. Conforme lição já exposta de Zaffaroni e Pierangeli, “um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição

---

<sup>181</sup> Nesse sentido é interessante ressaltar os ensinamentos de Paulo César Busato sobre a crise do princípio da culpabilidade: “Resumidamente, é possível dizer que a crise do princípio de culpabilidade está intimamente relacionada à impossibilidade ou dificuldade de comprovar que o agente, no caso concreto, poderia ter atuado de outro modo, ou seja, poderia ter obedecido ao ordenamento jurídico, e à igual impossibilidade de afirmar, com certeza, quais são as condicionantes empíricas que incidem sobre a atuação criminosa do sujeito e em que medida elas são determinantes desta atuação.” (BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 8, p. 45-88, set./dez., 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/94-ARTIGOS](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS)> Acesso em: 20 out. 2016.)



interna contrária ao direito”.<sup>182</sup> Na culpa inconsciente, entretanto, não há que se falar em disposição interna contrária ao direito quando o indivíduo sequer se deu conta de que sua conduta poderia acarretar em um resultado lesivo a um determinado bem jurídico. Vale dizer, não há que se falar que o indivíduo deveria ter se motivado na norma quando ele nem ao menos se deu conta de que agia contrariamente a alguma norma, vez que, conforme bem ressaltado por Larry Alexander, por desconhecer o risco, não possuía nenhum motivo para atuar de maneira diversa.

Disso decorre que a exigibilidade de conduta diversa pressupõe a consciência atual da ilicitude e não a mera potencialidade dessa consciência, na medida em que a razão de ser da exigibilidade de conduta diversa como pressuposto para a culpabilidade, reside no fato de que o indivíduo tenha podido determinar-se de acordo com o conhecimento da ilicitude, e não há como determinar-se de acordo com o que sequer foi por ele previsto. Isto porque, embora na culpa inconsciente possa se falar na potencial consciência da ilicitude, nesta modalidade culposa o indivíduo desconhece que sua conduta contraria o direito, e partindo-se de tal conjectura, bem como que a exigibilidade de conduta diversa tem como pressuposto a possibilidade de que o indivíduo possa determinar-se de acordo com o conhecimento da ilicitude, pode-se afirmar que, também por este motivo, fica ainda mais difícil se afirmar a validade da exigibilidade de comportamento diverso como fundamento para a culpabilidade nessa espécie de culpa.

No âmbito dos delitos culposos também existem consideráveis divergências que surtem efeitos na esfera da culpa inconsciente. Primeiramente, há que se considerar que não há uniformidade quanto ao critério relativo ao conteúdo do dever de cuidado que deve ser adotado. Conforme visto, cada autor elege, pelo seu entendimento, qual é o critério mais coerente a ser utilizado, bem como critica fundamentadamente os demais.

Interessante ressaltar o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli já exposto neste trabalho de que os deveres de cuidado são estabelecidos pela lei, como ocorre nas atividades regulamentadas, mas que também são diversas as condutas passíveis de violar deveres de cuidado que não estão regulamentadas, de forma que é inevitável realizar remissões à normas sociais.

---

<sup>182</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual...** p. 539.

Pois bem, se o critério do “homem médio” ou “homem prudente” já é bastante criticado pelo seu grau de abstração e indeterminação, tendo em vista que o “homem médio” será aquele assim especificado pelo juiz, de acordo com seu juízo de conveniência, acabando por não consistir em um critério objetivo e sendo até mesmo considerado por Tavares confrontante com o princípio da legalidade, não se vislumbra, igualmente, no critério da “experiência geral da vida” maior grau de concretude, na medida em que este também trata-se de um conceito vago que também será analisado de maneira subjetiva pelo juiz. Isto porque, não é fácil se precisar no que consiste a “experiência geral da vida” num país com uma vasta pluralidade cultural e social, em que as culturas se modificam a cada quinhentos quilômetros. Disso decorre que tanto as experiências variam de um local para outro, quanto de uma pessoa para outra e ainda que se possa afirmar que em determinadas atividades haja um conjunto de normas mais bem definidas como no trânsito, por exemplo, esse entendimento não pode ser estendido para quaisquer atividades, sobretudo porque, conforme evidenciado por Zaffaroni “não há um dever de cuidado geral, mas a cada conduta corresponde um dever de cuidado”,<sup>183</sup> e se diversas condutas podem ser realizadas, podem ser inúmeros os deveres de cuidado a serem adotados, para cada uma delas. Outrossim, justamente por este motivo, podem haver deveres de cuidado, em determinados casos concretos, que não façam parte de uma “experiência geral da vida” mas que, ainda assim, não deixem de ser deveres de cuidado que devam ser observados.

Pode-se afirmar, inclusive, que o mesmo problema se encontra no tocante ao critério proposto por Zaffaroni e Nilo Batista dos “standards mínimos” de previsibilidade compartilhados por quase todos os integrantes de uma mesma cultura, pois muito embora este seja um conceito um tanto mais delimitado e, por isso, talvez possa ser considerado mais adequado que os demais, ainda se trata de um conceito vago na medida em que não é preciso o conteúdo desses standards.

Nesse sentido, conforme já demonstrado, os mencionados autores ainda afirmam que na culpa inconsciente a exigência não é de que o indivíduo tenha conhecimento, mas que atualize conhecimentos preexistentes. Entretanto, também não há como se comprovar que o agente já detinha tais conhecimentos, do mesmo

---

<sup>183</sup> Ibidem, p. 484.

modo que não há como se comprovar que ele compartilha do conhecimento acerca desses standards mínimos.

O que se pretende aqui demonstrar é que os deveres de cuidado que deveriam ter sido observados num determinado caso concreto são facilmente identificados *a posteriori*, quando da verificação do resultado, ocasião em que o próprio juiz faz a relação psicológica que deveria ter ocorrido entre o agente e o resultado,<sup>184</sup> mas que, no momento da realização da conduta, talvez não tenham sido tão evidentes – quiçá até nem um pouco evidentes – para o indivíduo que a realizava. Pode-se falar, desse modo, que todos esses critérios, ainda que uns possam ser considerados mais adequados que outros, em última análise, confrontam o princípio da legalidade em casos que o dever de cuidado não seja algo tão inequívoco como, por exemplo, o dever do motorista de trânsito de parar nos semáforos ou de dirigir de acordo com a velocidade permitida, na medida em que o indivíduo age sem perceber que desatende a um dever de cuidado que não está precisamente estipulado em lugar nenhum. Essa situação se agrava principalmente quando se trata de culpa inconsciente, porque na culpa consciente o indivíduo prevê que poderia infringir um dever de cuidado, não havendo que se falar nesses casos em prejuízo ao princípio da legalidade, isto é, em que pese o agente tenha acreditado na não verificação do resultado, ele o previu e, desse modo, sabia que não realizando aquela conduta poderia evitá-lo, vale dizer, identificou o dever de cuidado, tendo optado por não observá-lo.

Contrariamente, na culpa inconsciente, tanto não há previsão do resultado quanto do dever de cuidado a ser observado, o que se torna ainda mais complexo quando se fala em deveres de cuidado calcados em critérios vagos e indeterminados em que seja árdua sua identificação, sendo que não é forçoso afirmar que a própria indeterminação desses deveres dificulta seu conhecimento nesta modalidade culposa.

Importa ressaltar ainda que a despeito de também não haver unanimidade quanto aos crimes culposos serem tipos abertos ou não, é possível afirmar que os delitos culposos não são precisamente tipificados como os delitos dolosos, na medida em que as formas de realização de tais condutas podem ser inúmeras por serem indeterminadas num momento anterior ao cometimento do delito, sendo mais

---

<sup>184</sup> Ibidem, p. 467.

facilmente precisadas posteriormente, quando se verifica qual era o dever de cuidado que deveria ter sido observado para sua realização a depender da finalidade perseguida.

Ademais, as divergências seguem quanto à existência ou não de tipo subjetivo nos delitos culposos, não sendo aceito pela doutrina majoritária e, também persistem quanto à previsibilidade, podendo-se afirmar, no entanto, que ela é, de um modo geral, admitida. Nesse sentido, independentemente da postura que se adote no sentido de a previsibilidade ser considerada objetiva ou subjetiva, ela se trata, nada mais nada menos, do que uma suposição do que poderia ter passado pela cabeça do indivíduo num momento anterior à sua ação, pois mesmo a previsibilidade objetiva toma como parâmetro o comportamento de um padrão de ser humano ou conhecimentos compartilhados numa dada sociedade para determinar que, naquele caso em concreto, o indivíduo poderia ter previsto o resultado. Assim sendo, em última análise, é possível afirmar que esse exercício nada mais é do que uma investigação que se pretende subjetiva. Vale dizer, ainda que se adote a previsibilidade objetiva com base em elementos externos à subjetividade do sujeito, o que se intenta com ela afirmar é que naquele caso em concreto o indivíduo “poderia ter previsto” *subjetivamente* determinado resultado. Pretende-se, portanto, objetivar aquilo que, por sua natureza é subjetivo, qual seja, o pensamento humano.

Desse modo, também não é forçoso afirmar que a culpa inconsciente trata-se de culpa por presunção, na medida em que, por meio de parâmetros objetivos, se pretende identificar um elemento que diz respeito à psique do agente: a previsibilidade que, como visto, em última análise terá uma natureza subjetiva, independentemente da postura que se adote. Presume-se, então, que se para um ou para outro, o resultado seria previsível, para aquele indivíduo ele também o era e que, portanto, ele agiu com culpa.

Ademais, obviamente que, posteriormente à ocorrência do resultado o mesmo pode ser considerado facilmente constatável, mas talvez assim não o seja no momento anterior à realização da conduta. Não há, portanto, como se afirmar a previsibilidade sem quaisquer sombra de dúvidas. Nesse sentido, com base numa presunção, imputa-se uma responsabilização na área mais sensível do direito, considerada a *ultima ratio*: o direito penal.

Pode-se afirmar, assim, que a criminalização da culpa inconsciente equivale à extensão da aplicação do direito penal a situações em que o indivíduo não atuou livremente, com consciência, no sentido de que sequer imaginava de que com aquela conduta estaria praticando um crime porque não há como se afirmar, com certeza, que ele poderia ter se motivado na norma.

Ademais, é muito complexa a utilização de conceitos vagos e abstratos na seara mais sensível e excepcional no direito, o que, como demonstrado, se revela ainda mais problemático no tocante a culpa inconsciente. Nesse sentido, importa salientar que os crimes culposos apresentam estrutura paradoxal, tanto em vista que, ainda que não possam ser exaustivamente descritos, pela sua própria natureza, necessitam de tipificação o mais detalhada possível pelo respeito ao princípio da legalidade. Interessante mencionar, nesse ponto, a já demonstrada posição de Tavares no sentido de defender a necessidade de tipificação mais completa dos delitos culposos, com a delimitação, pela doutrina, dos elementos relativos ao dever de cuidado.

Como já enfatizado, em que pese não haja consenso na afirmação de que a culpa se trata de um tipo aberto, é certo que sua delimitação não é precisa da mesma forma que os tipos dolosos. Ademais, como explanado, é insegura a afirmação da possibilidade de agir de outro modo em se tratando de culpa inconsciente, de modo que a imputação penal dessa modalidade culposa acaba se calcando em uma presunção. Também, há que ser considerado que a falta de delimitação do conteúdo dos deveres de cuidado afeta, de maneira mais incisiva essa modalidade culposa, sendo que a própria imprecisão desses deveres, com respaldo em conceitos vagos, pode dificultar sua identificação pelo agente que atua por meio dessa modalidade culposa, a depender da conduta realizada. Nesse sentido, a imputação penal da culpa inconsciente se ancora em raízes frágeis que se já apresentam inúmeras discrepâncias quanto a estrutura da culpabilidade como um todo e nos delitos culposos, de um modo geral, afetam mais intensamente o âmbito da culpa inconsciente.

Interessante ressaltar a observação feita por Roxin de que “as causas de exclusão da culpabilidade são, em realidade, casos de exclusão da responsabilidade

baseada nos fins da pena”.<sup>185</sup> Ele sustenta que, com base na prevenção geral e especial, os casos de dificuldade para poder atuar de modo distinto fazem com que o legislador imponha ou não uma sanção, e que a culpabilidade, embora seja condição necessária para a responsabilização penal, não é condição suficiente para tal.<sup>186</sup>

Nessa linha, interessante observar que as afirmações do autor tanto são verdadeiras, que nosso próprio sistema dispensa a aplicação de pena no chamado “crime impossível” (art. 17, CP) em que, embora não haja resultado, há dolo, bem como na hipótese de perdão judicial no que tange à receptação praticada por réu primário, no qual o juiz, observando as circunstâncias do caso, pode optar por não aplicar pena (art. 180, parágrafo 5º, CP), isto é, trata-se de circunstância em que há resultado e culpa, mas que o Código entendeu pela desnecessidade de tutela penal, o que demonstra que talvez Jerome Hall tivesse razão ao afirmar, como já exposto, que a responsabilização nos casos de culpa inconsciente consistiria em uma reação emocional em casos que geram graves consequências.

Com base nesse entendimento, ainda que se entenda que a culpa inconsciente seja compatível com a culpabilidade, a necessidade de sua punibilidade é passível de questionamentos. Nesse sentido, se atualmente caiu em descrença qualquer função da pena, notadamente a prevenção geral positiva, se

---

<sup>185</sup> Segundo o autor: “En el marco de la culpabilidad como fundamento de la pena me interesa, en primer lugar y sobre todo, demostrar que las tradicionales «causas de exclusión de la culpabilidad» son, en verdad, casos de exclusión de la responsabilidad basadas en los fines de la pena. El que actúa coaccionado (§ 35, StGB) o se excede en la legítima defensa (§ 33, StGB) «se puede» comportar de un modo distinto; pues de lo contrario, no podría castigarse al que provoca culpablemente su propia situación de peligro o al miembro de una profesión peligrosa al que se aplique el § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB, por haber cometido un hecho que, de haberlo cometido otra persona en la misma situación, hubiera quedado impune por aplicación del § 35, párr. 1.º, sec. 2.ª, StGB. Igualmente tampoco podría castigarse al que infringe los límites del estado de necesidad justificante (§ 34, StGB) en situación de turbación, miedo o terror, ya que el exceso en la legítima defensa (§ 33, StGB) «ceterisparibus» exculpa. El conocimiento de que las causas de exclusión de la culpabilidad no excluyen propiamente la culpabilidad, no es nuevo; sin embargo, frecuentemente se ha interpretado la decisión del legislador en favor de la impunidad, considerando que la culpabilidad en estos casos es, por la fuerza motivadora, demasiado leve para justificar la imposición de una pena. Pero esta fundamentación no es convincente, pues no explica por qué el legislador, ante la misma fuerza motivadora, unas veces castiga y otras no.” (ROXIN, Claus. **Culpabilidad...**, p. 151.)

<sup>186</sup> De acordo com o autor: “Frente a la anterior posición, mi tesis es la de que son consideraciones de prevención general y especial las que, en los supuestos de dificultad para poder actuar de modo distinto, aconsejan al legislador renunciar o no a la sanción. (...)

Si se acepta la idea de que los límites de las causas de exclusión de la «culpabilidad» se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena, me parece insoslayable la conclusión de que la categoría del delito en la que deben incluirse estas causas de exclusión de la culpabilidad, debería designarse más exactamente desde un punto de vista científico, con el nombre de «responsabilidad», ya que la «culpabilidad» es sólo una condición necesaria, pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal.” (Ibidem, p. 152-156.)

torna ainda mais crítica a pretensão da punibilidade de uma espécie de crime que, em que pese tenha ocorrido por descuido, seja algo accidental ao sujeito, sem um mínimo de previsão do resultado, bem como do dever de cuidado, em um momento que, justamente por isso, sua possibilidade de se motivar na norma ou sua liberdade para escolher entre uma conduta ou outra (sendo que, para ele, nenhuma aparentava ser ilícita) restava diminuída.

Nesse sentido, acerca da compreensão e vontade para punibilidade, é importante salientar a ilustre lição de Ferrajoli:<sup>187</sup>

No sistema SG, expressa-se no axioma *nulla actio sine culpa* e nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 e T30). Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado "elemento subjetivo" ou "psicológico" do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

Quanto à responsabilização penal pela ótica do direito penal mínimo, o autor ainda assevera:<sup>188</sup>

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.

Embora seja possível de se sustentar dogmaticamente, por meio do conceito normativo de culpabilidade, a punibilidade da culpa inconsciente, também é viável sustentar pela sua incompatibilidade com o princípio da culpabilidade ante a dificuldade de comprovação da possibilidade de o indivíduo ter agido de modo diverso, tendo em vista que é passível de questionamentos a possibilidade do sujeito de se motivar de acordo com a norma em tais situações, não consistindo em tarefa fácil, portanto, afirmar a liberdade nestas hipóteses, bem como também é possível de se sustentar pela dificuldade de fundamentação de sua punibilidade se levarmos em consideração as divergências e a falta de respaldo científico quanto aos elementos estruturantes da culpabilidade e dos próprios delitos culposos, que se

---

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.390.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 83-84.

potencializam negativamente na culpa inconsciente. Se ambas as posições são possíveis, devemos nos questionar sobre qual o direito penal que queremos.

Formalmente, podemos fundamentar a punibilidade de qualquer conduta que preencha os requisitos para tal e que atinja um bem jurídico penalmente tutelado, mas talvez devêssemos repensar se o direito penal, de fato, é o meio mais adequado para proteger tal bem jurídico e se a punição, naquele caso, é realmente necessária, notadamente se considerarmos o descrédito da própria prevenção especial positiva. Ademais, pelo princípio da subsidiariedade do direito penal, este ramo deve servir como *ultima ratio*, abarcando condutas lesivas a tal ponto que não possam ser tuteladas por outros meios de responsabilização, sendo que, na verificação dessa lesividade, a gravidade do resultado não pode preponderar a tal ponto que se desconsidere que a falta de sua previsão pode ser passível de fragilizar ainda mais a responsabilização nestes casos por todos os motivos supramencionados.

O que se pretende aqui, portanto, é propor que os chamados crimes de culpa inconsciente sejam abarcados pela responsabilização civil, ante a potencialização da fragilidade da estrutura da culpabilidade e dos delitos culposos nesses casos, sob pena de deixarmos nosso anseio de um direito penal mínimo em meros discursos retóricos.

Nesse sentido, Ferrajoli deixa mais uma lição valiosa acerca da diferença entre direito penal mínimo e direito penal máximo:<sup>189</sup>

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.

Desse modo, se a pretensão da criminalização da culpa inconsciente se calca na necessidade de dar uma resposta penal para casos resultantes de culpa que tenham acarretado em graves consequências, mormente quando se tratem de casos em que o dever de cuidado não esteja precisamente estipulado em regulamentos para o exercício de determinadas atividades, deve haver o questionamento se, no caso em concreto, realmente há plena certeza da

---

<sup>189</sup> Ibidem, p. 84-85.



possibilidade de o indivíduo ter agido de modo diverso, bem como da configuração previsibilidade e da possibilidade de identificação do dever de cuidado por parte dele. Mas ao que parece, pela própria natureza da culpa inconsciente, tais questões não são passíveis de serem respondidas com segurança, de modo que tal responsabilização se demonstra incongruente com um direito penal mínimo, que não pode se basear em incertezas.

Não se pretende aqui defender a impunidade, mas sim que a responsabilidade no ramo mais sensível do direito e que mais restringe a liberdade individual, não pode ser aplicada nos casos de culpa inconsciente, em que as incertezas e abstrações da estrutura da culpabilidade e dos crimes culposos se revelam com mais fragilidade, bem como que não haveria necessidade para a aplicação de pena, possuindo ela, em tais casos, caráter meramente retributivista, sobretudo se considerarmos que caiu em descrédito quaisquer funções da pena, sendo que, por qualquer perspectiva, tal responsabilização se demonstra incompatível com um direito penal que se pretenda, um tanto quanto mínimo.

Ademais, talvez devêssemos considerar que até o ser humano mais cauteloso por vezes comete erros oriundos do cansaço e da rotina, bem como que se não estamos certos da função que o direito penal deve desempenhar e se pretendemos um direito penal mínimo, temos que ter certeza de que ele ao menos não deve pretender punir pessoas por atos falhos, sem qualquer conhecimento da possibilidade do risco, sob pena de defendermos um direito penal retributivista com máscara e retórica garantistas.

## 5. Conclusão

O princípio da culpabilidade, ao mesmo tempo em que possibilita a atribuição de responsabilidade pessoal, em todos os seus aspectos, limita o poder punitivo estatal em face do indivíduo, determinando *se e como* será aplicada a pena.

Por sua vez, o princípio da legalidade possui hierarquia constitucional, consistindo em um dos princípios mais importantes do direito penal, se projetando, neste ramo, ao impedir que o indivíduo seja punido por conduta que não constitua crime, bem como por obstar uma postura criativa do julgador no momento de configurar uma conduta como tal, garantindo ao indivíduo, desse modo, certa previsibilidade e segurança ao dirigir suas condutas cotidianamente, na medida em que poderá distinguir os comportamentos permitidos daqueles proibidos.

Insta salientar, que a complexidade da culpa inconsciente ainda se faz presente em nosso direito penal mesmo após a superação da teoria psicológica da culpabilidade, não tendo sido resolvida pela teoria normativa pura, que deixou de explicar satisfatoriamente sobre o porquê se deve punir nestes casos.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar, no presente trabalho, que as divergências e a dificuldade de comprovação científica quanto aos elementos da culpabilidade, bem como, as incertezas que envolvem os próprios delitos culposos se já fragilizam a culpabilidade em si, levando a afirmações de que o princípio da culpabilidade estaria em crise, bem como se, respectivamente, já geram questionamentos em torno dos próprios delitos culposos, tais problemas se potencializam no que diz respeito à culpa inconsciente.

Importa ressaltar, nesse ponto, que no âmbito dessa modalidade culposa fica ainda mais difícil de se afirmar a possibilidade de conduta diversa ante a falta de previsão do resultado e do dever de cuidado pelo indivíduo que, justamente por isso, tem sua possibilidade de motivação na norma diminuída. Nesse sentido, não se pode falar em uma livre escolha entre o lícito e o ilícito quando sequer se imaginou a possibilidade deste, de modo que não é forçoso afirmar que, nestas condições, por desconhecer o risco, o indivíduo não teria motivos para agir de outra forma.

De modo análogo, as próprias incertezas e abstrações em torno do conteúdo do dever de cuidado, dificultam ainda mais o conhecimento do mesmo por parte de quem atua por meio de culpa inconsciente quando tal dever não seja tão fácil de se

precisar quanto aqueles decorrentes de regulamentos, podendo se falar, desse modo, que a criminalização da culpa inconsciente constitui, até mesmo, afronta ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, a dificuldade não está em afirmar que a conduta se deu de maneira descuidada e que deveria ter sido observado um dever de cuidado *ex ante*, mas que o conteúdo desse dever de cuidado, quando o mesmo não esteja estipulado em lugar algum, embora seja facilmente identificado depois da verificação do resultado, talvez assim não o seja antes da realização da conduta, vale dizer, a dificuldade se encontra em determinar *ex ante* o conteúdo de um dever de cuidado, que não consista em conceitos vagos, está, portanto, em se precisar o conteúdo desses deveres, tarefa que nem sequer a doutrina conseguiu desempenhar de maneira satisfatória.

Busca-se aqui defender que a punibilidade da culpa inconsciente se fundamenta sobre muitas incertezas que se já geram dificuldades em si, afetam-na de maneira ainda mais profunda, sendo complexa a pretensão de sua punibilidade ao mesmo tempo em que se sustenta pela necessidade de um direito penal mínimo, na medida em que não é característico deste punir condutas sobre as quais parem tantas incertezas acerca de seus fundamentos.

Não se pretende aqui defender a impunidade, mas sim, afirmar que a punibilidade por meio do ramo do direito considerado como *ultima ratio* não pode se dar em face de condutas sobre as quais o próprio direito penal não consegue sustentar, com certeza, seus pressupostos, sob pena de estarmos defendendo na própria teoria (e a experiência demonstra que a teoria é sempre mais garantista que a prática) um direito penal retributivista que visa dar uma resposta a condutas que gerem graves consequências, ainda que seus incertos fundamentos sejam potencializados na punibilidade das mesmas, postura esta incompatível com o princípio da culpabilidade.

Por mais incômodo que isso possa parecer (ou de fato, possa ser para alguns), pretende-se neste trabalho demonstrar que a punibilidade da culpa inconsciente é incompatível com um direito penal que se denomine mínimo, não pelo mero argumento de que é desnecessária sua punição, principalmente se considerarmos que caiu em descrédito quaisquer funções da pena, mas principalmente pela incerteza de seus pressupostos. E se sua punibilidade pode ser

fundamentada com base na mera afirmação de que houve lesão ao dever de cuidado por um sujeito capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e conformá-la ao direito, do mesmo modo sua incompatibilidade com um direito penal mínimo pode ser defendida com alicerce em todas as fragilidades demonstradas que se potencializam na culpa inconsciente.

Talvez, no âmbito desta modalidade culposa, ante suas peculiaridades, não devessem ser realizados questionamentos tão simplórios como, por exemplo, se havia ou não a possibilidade de o indivíduo ter agido de outro modo, mas contrariamente, quiçá devessem ser consideradas questões mais realistas como qual a possibilidade de agir de outro modo e qual o motivo para tal quando sequer se imagina a possibilidade de ocorrer um resultado não só indesejado como também ilícito e, não apenas ilícito como, ilícito penal.

Pode ser que gere incômodos no “sentimento social de impunidade” admitir que condutas descuidadas que gerem graves consequências à bens jurídicos penalmente tutelados não encontrem guarida no direito penal, mas a pretensão aqui diz respeito à coerência de nosso discurso sobre a busca de um direito penal mínimo e sobre a necessária e devida fundamentação da punibilidade em quaisquer casos como pressuposto para a pena, o que não ocorre sem diversas incertezas no tocante à culpa inconsciente. Como já exposto, devemos nos questionar se a punibilidade dessa espécie de culpa, com base em abstrações e incertezas não encontraria sua razão de ser na retribuição em face de um resultado grave, bem como se a justificativa de sua punibilidade em torno de um descuido em detrimento de um abstrato dever de cuidado é passível de se sobrepor à todas as bases incertas que sustentam a punibilidade da culpa inconsciente.

O que se busca aqui afirmar, por fim, é que não devemos nos esquecer que o direito penal deve ser sempre a última saída, para casos não apenas graves, mas que possam ter sua punibilidade sustentada sobre fundamentos sólidos, sobre os quais não haja tantas incertezas. Do mesmo modo, devemos ter em conta que se as tradicionais funções preventivas da pena não mais se sustentam na atualidade, bem como se temos um direito penal inflado, devemos nos questionar sobre quais crimes características retributivistas se revelam de maneira mais evidente.

Ademais, o presente trabalho apenas pretende demonstrar uma posição, dentre várias possíveis, que se considera mais consonante com o tão almejado

direito penal mínimo, tendo em vista que no direito nada está dado e, se ao menos fizer com que o leitor questione mais criticamente sobre os pressupostos para a punibilidade dessa espécie culposa, ainda se que entenda pela necessidade da pena em tais casos, ele cumpriu com seus propósitos.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. 3ª ed. Madrid: Akal, 1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Traducción por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21ª ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Souza e. **A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente**: uma investigação dogmática à luz das ciências cognitivas. Lisboa, 2012. 459 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade**: Considerações. Curitiba: Juruá, 2008.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 8, p. 45-88, set./dez., 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/94-ARTIGOS](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS)> Acesso em: 20 out. 2016).

CEREZO MIR, José. El delito como acción culpable. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, [S.l.], v. 49, n. 1, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: Parte General. 3ªed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução por Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Santo Antonio Fabris, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. rev. e atual. Tradução por Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para una teoria de la imputación en Derecho Penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde, María Del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal Parte General**: Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução por José Luis Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Editorial Comares, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 9ª ed. Buenos Aires: B de F, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: Fundamentos e Teoria do Delito. Tradução por Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIROS, Guanais de Aguiar Filho. **Imprudencia inconsciente y derecho penal de la culpabilidad**. Barcelona, 2016. 342 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universitat Pompeu Fabra.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en Derecho Penal**. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2ª ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SILVESTRONI, Mariano Hugo. **Teoría Constitucional del Delito**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência: Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposos**. 2ª ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. **Direito penal brasileiro: segundo volume**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.