

**A SOCIEDADE DE RISCO E A REPERCUSSÃO DAS CAPACIDADES
INDIVIDUAIS DO SUJEITO PARA A CULPA NÃO IMPUTÁVEL**

*SOCIETY OF RISK AND THE IMPLICATION OF THE SUBJECT INDIVIDUAL
CAPACITIES FOR NON-IMPUTABLE FAULT*

Selma Pereira de Santana*

Sumário: Introdução. 1. O “homem médio” como parâmetro de conduta na aferição da culpa imputável. 2. A individualização da capacidade do agente: as correntes distintas. 2.1. A Teoria da Dupla Posição. 2.2. Teoria da Individualização da Capacidade. 2.3. Teoria mista. Referências.

Resumo: A teoria da culpa permaneceu durante muito tempo à margem da evolução da dogmática jurídico-penal. Hoje, em razão das condições da sociedade de risco assiste-se a um incremento da preocupação científica sobre ela. A doutrina penal tem mantido há alguns anos, e sob a perspectiva da determinação estritamente objetiva do dever de cuidado, a postura de buscar modelos médios de comportamento, intitulados de “homem ideal”, ou “homem médio”. Em face disso, tem sido objeto de discussão a questão de saber se é necessário levar-se em consideração, além dos aspectos objetivos, outros aspectos, os subjetivos, na linha da individualização da capacidade do agente na sociedade de risco, para se aferir a ocorrência, ou não, da culpa imputável.

Palavras-Chave: Sociedade de Risco; Teoria da Culpa; Homem Médio; Capacidade Individual; Culpa Imputável.

* Universidade Federal da Bahia.

***Abstract:** Culpability theory remained for a long time on the sidelines of the evolution of the criminal-legal dogmatic. Today, due to the conditions of risk society, it is noted an increasing scientific concern about it. Criminal doctrine has maintained for some years, and from the perspective of strictly objective determination of the duty of care, the attitude of seeking standard behavioral models, titled "ideal man" or "middle man". On the face of it, it has been the object of discussion the question whether it is necessary to take into account, besides the objective aspects, other aspects, the subjective ones, in line with the individualization of the agent's capacity in the risk society, to assess the occurrence or not of attributable fault.*

***Keywords:** Risk Society; Culpability Theory; Middle Man; Individual Capacity; Attributable Fault.*

INTRODUÇÃO

A teoria da culpa que constitui um dos temas mais importantes e debatidos no Direito Penal — sobretudo em razão das características de que a sociedade, hoje, se reveste, bem como das perspectivas, que, para a mesma, se antevêm, evidenciadoras da necessidade de um novo tratamento para as questões relativas à culpa, a fim de que se dêem soluções mais justas e adequadas — mesmo contando a respeito com vasta literatura, talvez por isso, não possui, ainda, um tratamento único capaz de uma generalidade convincente de sufrágios¹.

Até relativamente pouco tempo, o delito culposos ocupava uma posição de menor importância no Direito Penal, que reconhecia e cedia lugar fundamental ao delito doloso, de mais fácil apreensão conceitual e de maior dimensão estatística. Era um “quasi delictum”, mais afim com o Direito Civil do que com o Direito Penal propriamente dito².

Esse tratamento diferenciado dado à teoria da culpa fez, redundantemente, com que esta permanesse à margem da evolução da dogmática jurídico-penal. Hoje, em razão das condições da sociedade moderna, marcada pelo avanço tecnológico, pela mecanização das

¹ Selma Santana (2005, p. 145-158).

² Assim, MUÑOZ CONDE (1989, p. 71).

atividades e pela ocorrência, cada vez mais crescente, de condutas consideradas perigosas³ — a ponto de se nomeá-la “sociedade de risco” —, assiste-se a um incremento da preocupação científica sobre ela, buscando-se, como já fora afirmado, que o resultado de sua evolução cumpra o papel instrumental de oferecer soluções mais justas às questões que dele dimanam⁴.

Para o problema aqui tratado, tem-se antevisto desafio emergente e, ainda maior, propiciador de impulsos catalisadores de um ritmo mais intenso na pesquisa jurídico-penal, qual seja a evidente e radical transformação que sofre a sociedade moderna, e que, na expressão do sociólogo Ulrich Beck, se poderá sintetizar como sendo a globalização dos riscos civilizatórios⁵.

Na sociedade em transformação, os riscos para a existência, individual ou comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais, ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para a contenção das quais era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos, modelando, assim, um Direito Penal antropocêntrico.

A forma da sociedade que se avizinha, tudo leva a crer, caracterizar-se-á por ser exasperadamente tecnológica, massificada e global, de que resultará conduta humana capaz de produzir riscos, também globais, ou tendendo para tal, “susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou, ou para eles contribuiu, e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”⁶.

Não obstante a atual preocupação científica sobre o tema poder-se-á afirmar, como o fez Gimbernart Ordeig, que o atraso da dogmática do delito culposo constitui uma das maiores contradições do Direito Penal, e assim permanecerá enquanto a ciência jurídica não for capaz de apreender, racionalmente, toda a complexidade de matizes que a realidade da culpa representa, pois, em que pesem no plano dogmático alguns notáveis avanços, o estado atual da teoria da culpa constitui um dos maiores fracassos da dogmática jurídico penal⁷.

³ Tem-se como certo, pelo menos por um grande número de juristas, que, hoje, só se participa da vida social, sob o ônus de expor bens jurídicos a inúmeras fontes de perigo — sem as quais a vida cotidiana seria inconcebível. Cabe ao Direito, por isso, estabelecer que espécies de riscos podem ser tolerados pela sociedade — autorizadas, portanto, sua criação, e que riscos não o podem ser, dando margem a que o seu surgimento dê ensejo à responsabilidade por culpa.

⁴ É clara a relação direta e proporcional entre o aumento do tipo de delinquência culposa e o progresso tecnológico, de sorte que se poderá afirmar que aquele constitui um signo característico das sociedades avançadas.

⁵ Ulrich Beck (1998, p.42)

⁶ Figueiredo Dias (2000, p. 7); (2001, p. 155 e ss).

⁷ Apud González de Murillo (1991, p.32).

1. O “HOMEM MÉDIO” COMO PARÂMETRO DE CONDUTA NA AFERIÇÃO DA CULPA IMPUTÁVEL

A doutrina penal tem mantido, já há alguns anos, e na linha da determinação estritamente objetiva⁸ do dever de cuidado — partindo-se da idéia de que o caráter normativo da culpa obriga a concretização do cuidado de acordo com critérios objetivos — a postura de buscar modelos médios de comportamento, intitulados de “homem ideal”, ou “homem médio”, “agente modelo”, “pessoa consciente e cuidadosa”, “reasonable man test”, “pessoa prudente e de discernimento”, e tantas outras denominações que se prestem à função instrumental de servir como parâmetros para a determinação do dever objetivo de cuidado. O critério definidor do tipo de ilícito culposo, nessa perspectiva, é um critério puramente objetivo, generalizador, que não considera as capacidades pessoais do agente concreto.

Esses modelos têm sido concebidos por meio da busca da medida do usual, levando-se em conta fatores como, v.g., a experiência da sociedade, a conduta média exigida pela cultura geral, os valores específicos da profissão⁹, com o objetivo de, como já fora afirmado, e mais agora especificamente — por meio da operação comparativa entre a conduta de um agente, numa situação concreta, e a conduta imaginária desse padrão — concluir quanto à ocorrência, ou não, da culpa imputável.

Essa operação comparativa, entre o modelo médio comportamental, idealizado dogmaticamente, e a concreta atitude do agente, conduziria à conclusão de que, se porventura o cuidado expresso por aquele, por meio do seu atuar, se situasse abaixo daquele cuidado exigível do padrão médio, esse agente teria agido culposamente.

Diferentemente, caso o cuidado do agente fosse igual ou superior ao cuidado do padrão médio, a conclusão cingir-se-ia à idéia de que não haveria culpa imputável.

As críticas, contudo, a esse modelo fictício, têm surgido dos mais diversos setores.

⁸ Deve-se a Welzel, movido pelas críticas de seu discípulo Niese, a primeira formulação sistemática, com contornos precisos, da noção de cuidado objetivo. Com esse conceito, continua Welzel a linha iniciada por Engisch: o cuidado objetivo, como critério delimitador do injusto culposo, é aquele que houvera empregado o “homem prudente”, impregnado com um importante componente de previsibilidade e evitabilidade objetivas, a juízo de um observador imparcial que contasse com os conhecimentos do autor. Segundo Welzel, o cuidado que faz decair a tipicidade prescreve deixar de realizar o risco, tendo em conta os efeitos de uma ação previsível para um juízo inteligente (objetivamente), excluindo, assim, os cursos causais não adequados. Por outro lado, limita e complementa este primeiro critério com outro, de caráter normativo: contrário ao cuidado é somente o não adequado socialmente, o que excede a medida do risco permitido. Ver Welzel (1964, p. 71).

⁹ Corcoy Bidasolo (1989, p. 134).

Uma das primeiras questões que se levantam é a de que a aceitação desse critério implica em algumas conseqüências indesejáveis, como a de que, v.g., suporia uma diminuição no grau de proteção dos bens jurídicos, uma vez que termina tendo-se em conta o modelo de como atua a maioria, e não o de como deve atuar-se.

Os partidários desse modelo objetam essa crítica, pronunciando-se no sentido de que, ao contrário do que se afirma, o modelo objetivo possui um acentuado caráter normativo, ou seja, que não se limita a comparar a conduta do agente com os hábitos sociais, senão com o comportamento que houvesse observado uma pessoa diligente¹⁰.

Tem-se ressaltado, ainda em crítica, que, se fosse possível a criação de um homem médio, sua utilização, no caso concreto, suporia um ilícito privilégio para os indivíduos inteligentes e um reconhecimento dos maus costumes usuais do homem médio¹¹. O problema contido no critério objetivo se apresenta, não unicamente por supor um privilégio para os indivíduos especialmente capacitados, senão que implica, ao mesmo tempo, um tratamento especialmente duro para aqueles outros indivíduos escassamente dotados, já que os obrigaria a atuar segundo o padrão desse “homem médio”¹².

Contra esse argumento, os partidários apresentam outro, de que o critério objetivo se mostra cuidadoso com o princípio da igualdade, uma vez que impede dirigir exageradas exigências ao indivíduo superdotado e permite à jurisprudência enunciar mandatos ou regras gerais de cuidado, com os quais se reforça a idéia de que as normas de conduta são padrões de comportamento mútuo, um mínimo pelo qual seus destinatários devem guiar-se, e que, ao injusto de comportamento, lhe é imprescindível um critério objetivo: “ de outro modo não

¹⁰ González de Murillo (1991,p.173-174).

¹¹ Corcoy Bidasolo (1989, p. 136). A autora acrescenta que a doutrina tem pretendido superar estes obstáculos situando o cuidado na categoria social do autor, transformando o “homem médio do cuidado absolutamente objetivo” no “desportista médio”, no “médico médio”. Chama a atenção a autora que essas tentativas não têm eliminado todas as dificuldades; em primeiro lugar, porque, em muitos casos, não se trata de um problema de profissão, já que dentro desta as diferenças dentre uns e outros são enormes. Por outro lado, a criação de uma figura retora sob considerações sobre essa área é sempre fictícia e, em certa medida, arbitrária. Por isso, persegue-se buscar uma maior individualização criando subáreas de apreciações, no sentido do “médico-chefecirurgião”. Desta forma, acrescenta, incorporam-se as capacidades superiores na medida da determinação do cuidado, chegando, por outro caminho, a conclusões muito próximas, porém não idênticas à da teoria dos poderes individuais, negando, ao mesmo tempo, sua validez (CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 136-137).

¹² Alguns finalistas partidários desse critério objetivo apresentam, a seu favor, os seguintes argumentos: com esse modelo se evita a mera responsabilidade pelo resultado; permite-se impor medidas de segurança, enquanto se infringe o cuidado objetivamente devido, porque se considera que concorre uma ação típica e antijurídica, ainda que, por não se haver infringido o cuidado individualmente possível, decaia posteriormente a culpabilidade (GONZÁLEZ DE MURILLO, 1991, p. 174).

poderia se sustentar o princípio da confiança, que permite o fluido desenvolvimento da convivência”¹³.

Ademais, e somando-se às críticas já expostas, mais um argumento contrário: o de que as dificuldades práticas de encontrar essa fórmula do “homem médio” se explica por meio da simples constatação de que esse padrão em si é inalcançável; constitui uma medida não concretizável, no caso concreto. Quem seria, então, o homem razoável? Quem seria o homem consciencioso e prudente? Que aspectos deveriam ser selecionados para compor esse padrão?

Acresça-se, ainda, que, e como acentua Juarez Tavares¹⁴, esse critério está em desacordo com a constituição do delito culposo e fere o princípio da legalidade, uma vez que cria, paralelo à realidade típica, outro padrão de conduta a ser observado.

Em que pese a inteligência dos argumentos apresentados, é recomendável o abandono da utilização de figuras fictícias na aferição da ocorrência tipicamente culposa, cabíveis elas em qualquer tipo de circunstância. A composição do “homem médio”, que venha a funcionar, como figura-modêlo, para a determinação do dever objetivo de cuidado, deve levar em consideração que ele tem de estar inserido nas condições concretas do agente, ou seja, pertencer à sua categoria intelectual e social, bem como ao seu círculo de vida.

2. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA CAPACIDADE DO AGENTE: AS CORRENTES DISTINTAS

Tem sido objeto de candente discussão¹⁵ a questão de saber se é necessário, para a aferição da culpa típica, levar-se em consideração, além dos aspectos objetivos, outros aspectos, os subjetivos¹⁶, na linha da individualização da capacidade do agente.

¹³ González de Murillo (1991, p. 174).

¹⁴ Segundo Juarez Tavares, na aferição da tipicidade da conduta não se deve, em hipótese alguma, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária dever-se-ia comparar a conduta realizada pelo agente. A figura do homem prudente nada mais é do que uma sofisticação do conceito do *homo medius* da teoria causal, que tantos problemas já apresentou, e que não possui qualquer fundamento científico. Na realidade dos fatos, a figura do *homo medius* será inferida de acordo com o juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador, que, em vez de estabelecer padrão ou modelo orientador, se transfere, com todos os seus componentes, à situação do agente, determinando a conduta que deveria ser levada a efeito, segundo seu único e exclusivo entendimento do fato (1985, p. 137).

¹⁵ Sobre o tema, Gabrio Forti (1990, p. 237-293).

¹⁶ Carrara já enfrentava essa questão ao considerar que surge gravíssima dificuldade, quanto a se determinar se, nos casos concretos, o grau de culpa de um acusado deve medir-se com um critério subjetivo e individual, ou

Nessa perspectiva dogmática, têm sobressaído três correntes distintas: a primeira, e também majoritária, intitulada de *Teoria da Dupla Posição*; a segunda, e minoritária, denominada *Teoria da Individualização da Capacidade do Agente*, e uma terceira corrente, que tem em Roxin seu mais representativo defensor, conhecida por *Teoria Mista*.

Apresentaremos a idéia basilar de cada uma dessas três correntes, na busca de evidenciar, ainda que sinteticamente, as aproximações e distanciamentos de cada qual, por meio, sobretudo, dos entendimentos individuais de seus mais destacados representantes, ao final do que cingiremos nossas conclusões.

2.1 A Teoria da Dupla Posição

A *Teoria da Dupla Posição*¹⁷ sustenta uma análise típica exclusivamente objetiva, relegando a totalidade dos aspectos subjetivos, referentes à capacidade individual do agente em responder à norma, para a apreciação da culpabilidade.

Como assevera Jescheck (1993, p. 512-513): “A culpa se determina conforme um duplo critério. De um lado, examina-se que comportamento seria o *objetivamente* devido para evitar a vulneração involuntária do bem jurídico em uma concreta situação de perigo; e de outro, se tal comportamento poderá ser exigido pessoalmente ao autor, segundo suas características e capacidades pessoais (...). (...). Só quando se há constatado o aspecto objetivo do fato culposo, cabe examinar, ademais, se o mandato geral de cuidado e previsão haveria podido ser cumprido também pelo autor individual, segundo sua inteligência e formação, sua habilidade e capacitação, sua experiência de vida e sua posição social”.

Sob essa forma de apreensão, explica Roxin (1997, p. 1014) que, se alguém provoca um acidente, mediante infrações de tráfego que não poderia evitar, em razão de que sua capacidade de conduzir o veículo era muito inferior à média, conclui-se que esse agente realizou, de modo antijurídico, o correspondente delito culposo. Contudo, por sua

com um critério geral e abstrato: “Compreende-se, facilmente, que um mesmo fato possa representar uma desculpável culpa por parte de um roceiro ignorante e inculto e uma imperdoável e fortemente reprovável culpa, num homem instruído e civilizado. Deverá o juiz, em cada caso concreto, ponderar essas condições individuais ao determinar o grau da culpa dos acusados? Sabemos que a qualidade das pessoas não deve ser averiguada como critério retor da medida de quantidade das penas. Mas aqui não se trata de uma quantidade de pena; trata-se, mais exatamente, de quantidade de imputação. E como negar o influxo das condições subjetivas sobre a imputabilidade do agente?” (1956, v.1, p. 94).

¹⁷ Fundamental Engisch. Apud FIGUEIREDO DIAS (1999, p. 110).

incapacidade individual, será excluída somente a culpabilidade culposa. Se, entretanto, o sujeito podia prever sua incapacidade, existe uma culpa objetiva e uma subjetiva no mero fato de haver conduzido (provocação culpável por empreendimento ou assunção).

Ainda nesse sentido, Eduardo Correia¹⁸ e Figueiredo Dias, se bem que o primeiro deles remeta os elementos autônomos da culpa para a culpabilidade.

Figueiredo Dias, considerando ser essa a forma teleologicamente mais correta e funcionalmente mais adequada, sustenta que a culpa — da mesma forma que o dolo — constitui uma entidade complexa, englobadora de um conjunto de elementos, dos quais uns relevam “ao nível do tipo de ilícito subjetivo”, e outros, “ao nível do tipo de culpabilidade”.

Exato é, segundo o autor, que a violação não-dolosa do dever objetivo de cuidado deve ser considerada como elemento constitutivo do tipo de ilícito subjetivo culposo. Como, porém, a culpa não se esgota na violação não-dolosa de um dever objetivo de cuidado, a ela acresce uma autônoma atitude interior, “um específico *Gesinnung* pessoal”, que não pode ser retirado à culpabilidade: está em causa o elemento que torna a inobservância não-dolosa do dever objetivo de cuidado em expressão, documentada no fato, de uma atitude pessoal, descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico¹⁹.

¹⁸ Eduardo Correia (1999, v.1, p. 421-427): “Antes de tudo, a culpa é *omissão de um dever objectivo de cuidado ou diligência* (...). (...) Mas, se assim, da omissão daquele dever objectivo de cuidado adequado a evitar a realização de um tipo legal de crime, que impede que o agente preveja (ou preveja correctamente) os efeitos da sua conduta, intervém no problema da *adequação causal* da conduta o crime – qual então o elemento da culpa que permite considerá-lo como parte integrante da teoria da culpa? É que a omissão do dever objectivo de cuidado, adequado a evitar a realização do tipo legal de crime, não justifica só por si, efectivamente, a *censura* a título de culpa. É ainda necessário que o agente *possa* ou *seja capaz*, segundo as circunstâncias do caso e as suas capacidades pessoais, de prever ou de prever correctamente a realização do tipo legal do crime. Pode, na verdade, o emprego de uma certa diligência ser exigido pela previsibilidade da produção de certo resultado, por uma conduta que se leva a cabo sem ela e, todavia, o agente, dadas as suas qualidades pessoais, não poder cumprir esse dever de diligência, v.g., porque é surdo ou porque é míope. Igualmente, pode um resultado ser normalmente previsível, mas, dada a inferioridade intelectual ou física do agente, ser-lhe de todo em todo impossível prever tal resultado. Ora, nestas hipóteses, é impossível imputar ao agente o resultado a título de culpa, já que esta é uma forma de culpabilidade e, portanto, de censura. Se o agente não pode, pois, concretamente, prever o resultado — ou não pode evitá-lo —, apesar de a média das pessoas o poder fazer, não poderá ter lugar relativamente a ele qualquer censura, pois não é possível exigir-lhe outro comportamento (...).”

¹⁹ Figueiredo Dias (1991, v.1, p. 52-53): “Como pode sustentar-se que dolo e culpa são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos dos quais *uns* relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, *outros* ao nível do tipo-de-culpabilidade. Por minha parte, reputo esta última a forma mais correcta e funcionalmente mais adequada de decidir a questão sistemática aqui implicada, de harmonia com os dados jurídico-subsstanciais do problema. Considero exacto que o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo (o “dolo-do-tipo” ou “dolo do facto”) — correspondente aliás, a uma das possíveis compreensões da categoria da finalidade — deve ser visto como elementos constitutivos do tipo-de-ilícito subjectivo doloso; enquanto a violação do dever objectivo de cuidado deve ser tida como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo culposo. Por outra forma, não se dá resposta cabal e convincente às exigências de compreensão hoje postas por numerosos problemas da doutrina do crime. Mas, da mesma forma que — como é

2.2 Teoria da Individualização da Capacidade

Uma opinião minoritária, mas em expansão, defendida por prestigiados autores, como Stratenwerth (1982, p.324), Jakobs (1997, p. 380 e ss.), Gössel (1983, p. 230 e ss.), Zaffaroni (1991, p. 435), Corcoy Bidasolo (1989, p. 145), Choclán Montalvo (1998, p. 51), entre outros²⁰, intitulada *Teoria da Individualização da Capacidade*²¹ do Agente, proclama que tanto os elementos objetivos, quanto os subjetivos são imprescindíveis na análise do injusto típico.

Assim, de quem possui uma capacidade de rendimento superior ao participante habitual no tráfego jurídico, exige-se mais, de modo que, se causa um resultado por não empregar suas capacidades, pode ser castigado por culpa, embora que a mesma conduta pudesse ser julgada adequada a uma pessoa normalmente capacitada. De forma diferente, se uma pessoa, em termos de capacitação, está aquém da capacidade de rendimento de uma figura-modelo, ou figura-padrão, e, nessas condições, produz um resultado típico, será considerada como quem não houvera atuado antijuridicamente, embora um indivíduo medianamente capacitado pudesse ser punido por culpa, na hipótese de concretização de conduta semelhante²². “Agora, se as capacidades do sujeito eram, de todo o modo, suficientes para prever sua própria incapacidade, sua provocação culposa, por empreendimento ou assunção, conduz, também, na perspectiva dessa concepção, à punição por culpa”²³.

em geral reconhecido — a culpa se não esgota na violação de um dever objectivo de cuidado, também o dolo se não reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autónoma *atitude interior*, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpabilidade. No dolo, trata-se do elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo em expressão, documentada no facto de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na culpa, do elemento que torna a inobservância do dever objectivo de cuidado em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido”.

²⁰ Segundo Roxin, ainda, Samson, Otto e Castaldo (1997, p. 1014).

²¹ Em certas situações, não é fácil estabelecer uma linha de diferenciação entre conhecimento e capacidade, uma vez que se percebe que, às vezes, o conhecimento especial não depende da capacidade. Em face disso, um setor doutrinal renuncia à distinção e resolve o problema tratando-os conjuntamente sob o termo global *capacidade*. Assim, Corcoy Bidasolo (1989, p. 132 e ss.).

²² Algumas críticas, naturalmente, têm sido endereçadas a essa forma de apreensão, e uma delas cinge-se à idéia de que essa teoria atentaria contra o princípio da igualdade. Quanto a esse ponto, argumenta-se, em defesa, que o que efetivamente atentaria contra o princípio da igualdade e ao de justiça material seria tratar a dois desiguais como iguais; exigir a todos o mesmo nível de cuidado, obrigar a que todos realizem o mesmo grau de esforço. O cuidado exigível só pode ser determinado sob considerações dos poderes reais. Ao homem, é mais acessível conhecer qual é o esforço que dele exige a sociedade do que aquele que se exigiria ao “homem médio” (CORCOY BIDASOLO, 1989, p. 137).

²³ Roxin (1997, p. 1014).

Segundo seus defensores, essa teoria pode fazer supor, em princípio, que se privilegiaria ao incapaz e ao desatento e obrigaria, em maior medida, ao indivíduo cuidadoso.

A correção a esse suposto equívoco baseia-se na idéia de que, nas hipóteses em que um indivíduo não tem capacidade para realizar uma determinada conduta perigosa, se fundamenta a responsabilidade culposa na aceitação dessa concreta atividade e na falta da preparação prévia. “Ao sujeito com capacidade inferior à média, não se lhe proíbe realizar a conduta sem atender ao cuidado que teria o ‘homem médio’, senão participar de uma atividade perigosa sem ter capacidade para tanto”²⁴.

O mesmo raciocínio é aplicável diante da afirmação de que o sujeito, com poderes inferiores, pode criar mais perigo. “A vinculação dessa ‘menor capacidade’ ao conteúdo do cuidado necessário obriga o sujeito a atuar ou a não atuar com distintas medidas de atenção que o ‘homem médio’”. “Tendo em conta, na concretização do dever objetivo de cuidado, os poderes inferiores do autor, não se prejudica ao sujeito com capacidade inferior à média, senão que, em certa medida, se lhe beneficia. Se se lhe permite realizar a atividade perigosa, ao não poder alcançar o cuidado exigido pelo modelo do homem médio, infringirá sempre o dever objetivo de cuidado”²⁵.

As diferenças práticas entre as duas teorias, até então citadas, têm demonstrado que são bem menores do que faz supor “a veemência da polêmica sustentada a respeito”²⁶: 1) quando as capacidades individuais do agente estão aquém da média, estão ambas as teorias de acordo que ele não irá responder criminalmente, a saber, segundo a *Teoria da Dupla Posição*, pela exclusão da culpabilidade; segundo a *Teoria da Individualização da Capacidade do Agente*, pela exclusão da tipicidade; 2) quando as condições pessoais do agente são superiores à média, concluem ambas diferentemente: segundo a *Teoria da Dupla Posição*, o agente não responderia pela razão de que teria a tipicidade afastada; segundo a *Teoria da Individualização da Capacidade do Agente*, o agente poderia ser responsabilizado, em razão de que os critérios de aferição da culpa seriam individualizados.

A esse respeito, manifesta-se Stratenwerth (1982, p.324), e a invocar exemplos de delitos omissivos, menciona a hipótese de “se o marido de uma mulher que está se afogando

²⁴ Corcoy Bidasolo (1989, p. 140).

²⁵ Corcoy Bidasolo (1989, p. 141).

²⁶ Roxin (1997, p. 1014-1015).

somente emprega sua capacidade, como nadador, até o limite médio, apesar de ser um excelente nadador, nada duvidaria de sua responsabilidade”.

E acrescenta que “o que dispõe de uma capacidade especial não tem que aplicar uma medida especial de esforço, no sentido de uma energia ‘moral’, senão somente suas próprias capacidades. É preciso evitar as conseqüências de elevar sempre, em geral, as exigências de cuidado até o nível de especialista excepcional, desculpando a dos demais cidadãos, precisamente por sua incapacidade”.

Jakobs (1997, p. 388-389), por sua vez, sustenta que a previsibilidade objetiva não exerce nenhuma função que não desempenhe o risco permitido. Ela é tão supérflua, segundo pensa, como seria um “dolo objetivo”. Ao injusto da culpa (e não somente à culpabilidade) pertence a previsibilidade subjetiva. O injusto depende, assim, das capacidades individuais do autor respectivo.

2.3 Teoria mista

A última teoria, intitulada *Teoria Mista*, que tem em Roxin seu mais destacado representante²⁷, tida como uma concepção intermediária entre as teorias até então apresentadas, propõe que se deva levar em consideração a capacidade individual do agente, tão-somente na hipótese de ser essa superior²⁸ à média. Sendo aquela, porventura, inferior²⁹, há de ser mantido o padrão objetivo, relegando a análise individualizadora para o âmbito da culpabilidade.

Como fundamento, sustenta Roxin que é da própria estrutura sistemática do delito que deriva a conclusão de que as capacidades inferiores à média não podem excluir o injusto, senão só a culpabilidade. “A impossibilidade individual de atuar de outro modo é — ao menos nos delitos comissivos — sempre um problema da culpabilidade.”³⁰ Ademais, restaria,

²⁷ E outros, como Mir Puig (1998, p. 278-279), Cramer, Kuhlen e Wieseler (apud ROXIN, 1997, p. 1015).

²⁸ Nesse sentido, Figueiredo Dias: “Preenche, por isso, aquele tipo de ilícito o médico que, dominando uma técnica cirúrgica altamente sofisticada, ou sendo mesmo o único no mundo que a domina, não usa a sua excepcional capacidade com um certo paciente que, em conseqüência, vem a falecer” (1999, p. 111).

²⁹ Ainda nesse sentido, Figueiredo Dias: “Também o automobilista que mata um peão, por erro de condução, devido a ter começado a sentir os efeitos de uma esclerose ou de um reumatismo, ou a encontrar-se diminuído nos reflexos por excesso de álcool, preenche o tipo de ilícito do homicídio negligente” (1999, p. 110).

³⁰ Roxin, a dirigir comentário à *Teoria da Individualização*, afirma que, para ela, restam a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, o conhecimento virtual da proibição e a exigibilidade como componentes de uma culpabilidade que há de se separar do injusto; porém, como a falta de imputabilidade faz diminuir decisivamente,

em parte, anulada a separação entre o injusto e a culpabilidade, se se fizessem a realização do tipo a modelos individualizadores.

Em contraposição aos adeptos da *Teoria da Individualização*, que defendem que o mandato legal só poderia dirigir-se a fazer o individualmente possível, aduz Roxin que a norma, na realidade, se dirige a todos, e isso se faz pela razão de deixar claro, àquele cuja capacidade de rendimento é duvidosa, o que dele se espera minimamente, e para fazê-lo abster-se de uma culpa por empreendimento ou assunção. “O que o indivíduo poderia evitar, sua infração da norma, é uma questão de culpabilidade, por regra geral, só constatável *a posteriori*; a infração da norma, como tal, não se elimina, pela deficiência de rendimento”³¹.

Finalmente, conclui, com razão³², o autor que, em matéria de tipo de ilícito culposo, vale um critério *generalizador*, referentemente aos indivíduos possuidores de capacidades iguais ou inferiores à média, e um critério *individualizador*, relativamente aqueles outros indivíduos dotados de especiais capacidades, superiores³³ à média.

E, segundo entendemos, uma série de razões justifica a circunstância de as capacidades inferiores à média não poderem relevar no sentido de excluir a tipicidade do delito culposo, antes só devem relevar ao nível da culpabilidade.

Na esteira de Figueiredo Dias (2001, p.369-370), não é exato admitir que a norma de ilicitude não se dirija, também, àqueles que não estão em condições pessoais de a cumprir; que ela possa, em suma, ser uma norma puramente individualizada, de tal modo que o Direito nunca poderia exigir, senão aquilo que cada um, segundo as suas capacidades pessoais, está em condições de prestar.

Um outro argumento ressaí de uma perspectiva preventiva e segundo exigências político-criminais primárias, que seria insustentável aceitar que o comportamento violador do dever

também, o poder instrumental, ou seja, a capacidade de rendimento, a falta de culpabilidade conduz, contudo, de modo mediato, em tais casos, à exclusão do tipo (1997, p. 1015).

³¹ Roxin (1997, p. 1016).

³² Nesse sentido, Figueiredo Dias: “O critério definidor da integração do tipo de ilícito deveria pois, na culpa, ser sempre um critério individual ou individualizador, com o que, assinala-se, ter-se-ia acabado por pôr em causa a doutrina do duplo escalão sobre a qual temos feito repousar até agora todas as nossas considerações. Em nossa opinião, a razão na querela assiste a Roxin quando defende que capacidades individuais inferiores à média não podem relevar logo ao nível do tipo de ilícito culposo, no sentido de excluir a tipicidade da conduta, mas só devem ser consideradas ao nível do tipo de culpabilidade decorrente da culpa. Enquanto já as capacidades pessoais superiores à média devem ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito culposo” (2001, p. 369).

³³ Roxin ressalta que, na hipótese do agente com capacidades superiores à média, dele se exige somente sua capacidade de rendimento superior, em termo médio, e não um esforço seu adicional (1997, p. 1018).

objetivo daquele que não se encontre em condições pessoais de o cumprir, pudesse ser considerado lícito, e contra ele não pudesse ser exercida uma ação defensiva, ou não fosse legítimo aplicar-lhe, em caso de perigosidade, uma medida de segurança³⁴.

Por fim, adotar uma outra forma de apreensão significaria um “inadmissível esvaziamento do relevo da culpa a nível da culpabilidade, que assim ficaria reduzida ao ‘puro juízo de censura’ típico da doutrina mais ortodoxa da ação final: ao puro juízo de censura do qual faria parte a imputabilidade, a consciência (potencial) do ilícito, a exigibilidade, mas que não possuiria qualquer conteúdo de culpabilidade *material* — muito menos podendo constituir um ‘tipo de culpabilidade’ — e que, nesta medida, violaria irremissivelmente, como já deixamos explicado, o princípio da culpabilidade”³⁵.

Quanto às capacidades especiais, ou superiores à média, não podem elas se relevarem no sentido de excluir a tipicidade da conduta culposa, mesmo que não se revele violado o cuidado objetivamente devido — quando se tenham em vista, especificamente, as capacidades do “homem médio”.

Tal afirmativa fica mais clara quando se observa o exemplo acenado por Roxin (1997, p. 1017), do cirurgião de primeiríssima qualidade, possuidor de conhecimentos técnicos e destreza que o tornam ímpar no plano internacional, que opera um paciente, que vem a morrer, por não haver ele utilizado as capacidades de que dispunha, estando em condições de empregá-las, mas as capacidades correspondentes ao do profissional médio. Nessa hipótese, seria inaceitável que não se imputasse a ele um comportamento tipicamente culposo³⁶.

³⁴ Figueiredo Dias (2001, p. 370).

³⁵ Figueiredo Dias (2001, p. 370).

³⁶ Figueiredo Dias chama a atenção para a circunstância de que o agente dotado de capacidades especiais nem sempre estará em condições de as prestar, ou não lhe será exigível que esteja sempre pessoalmente disponível para um desempenho ou um rendimento máximo. “Mas, precisamente, isso revela que a circunstância de se individualizar o critério do dever de cuidado relativamente a pessoas dotadas de capacidades especiais não ‘apaga’ ou ‘elimina’ — contra o que, por vezes, se é tentado a pensar — a questão da culpabilidade por culpa, ou sequer a ela se sobrepõe: é, numa palavra, em sede de tipo de culpabilidade, não do tipo de ilícito culposo, que tem de ser considerada a questão da exigibilidade ao agente dotado de especiais capacidades de que, no caso, as tivesse efectivamente usado. Com o que fica defendida, também nesta sede, a ‘doutrina do duplo escalão’ na construção dogmática do delito culposo” (2001, p. 371).

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo — Hacia una nueva modernidad*. Traducción de Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal — Parte Geral*. Traduzido por José Luis Franceschini e J. R. Prestes Maia. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1 e 2.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1998.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Direito Criminal. Reimpressão*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente — Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU, 1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. Sobre o estado actual da doutrina do crime. 1ª Parte: sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, pp. 9-54, 1991.

_____. Comentário ao artigo 137º do Código Penal. In: DIAS, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial. Tomo I, Artigos 131.º a 201.º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 106/115.

_____. Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a Sociedade de Risco. *Seminário Internacional de Direito Penal da Universidade Lusíada*. Lisboa, março de 2000.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal — Sobre os fundamentos da doutrina penal — Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FORTI, Gabrio. *Colpa ed evento nel diritto penale*. Milano: Dott. A., Giuffrè Editore, 1990.

GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis Serrano. *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*. Madrid: Ministério de Justicia / Secretaria General Técnica — Centro de Publicaciones, 1991.

GÖSSEL, Karl-Heinz. Velhos e novos caminhos da doutrina da negligência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 54, p. 213-239, 1983.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal — Parte General — Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traduzido por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal — Parte General*. 4. ed. Traducción de Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal — Parte General*. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, S.L., 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal — Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. n.1. Traducción de la 2ª. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. *A Culpa Temerária. Contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal — Parte General — El hecho punible*. n.1. Traducción de la 2ª. edición alemana (1976) por Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência: Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal — Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal — Parte General*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

Submissão: 26/12/2013
Aceito para Publicação: 26/12/2013