

A IMPUTAÇÃO DA CULPA NO ERRO DE TIPO INESCUSÁVEL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DEVER SUBJETIVO DE CUIDADO

THE IMPUTATION OF NEGLIGENCE IN VINCIBLE MISTAKE OF FACT: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUBJECTIVE DUTY OF CARE

Thiago Grazziane Gandra¹

RESUMO

O presente artigo analisa a problemática da imputação da culpa no erro de tipo inescusável, examinando a estrutura dogmática do erro de tipo e do delito culposo à luz da teoria do dever subjetivo de cuidado. Investiga-se a compatibilidade entre a tradicional concepção finalista do erro de tipo e as exigências normativas contemporâneas de imputação subjetiva nos crimes culposos. A partir da análise crítica comparada, demonstra-se que o erro de tipo inescusável representa uma zona de intersecção problemática entre a ausência de dolo e a presença de culpa, cuja adequada resolução demanda a incorporação de critérios normativos de imputação que transcendem a mera causação do resultado.

Palavras-chave: erro de tipo; crime culposo; dever subjetivo de cuidado; imputação subjetiva; cognoscibilidade.

ABSTRACT

This article analyzes the problem of culpability imputation in cases of inexcusable mistake of fact, examining the dogmatic structure of mistake of fact and negligent crimes in light of the theory of subjective duty of care. It investigates the compatibility between the traditional finalist conception of mistake of fact and contemporary normative requirements for subjective imputation in negligent

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Milton Campos. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *E-mail:* gandra.thiago@gmail.com. Currículo *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/7568068662739704>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-9547-9998>.

crimes. Through critical comparative analysis, it demonstrates that inexcusable mistake of fact represents a problematic intersection zone between the absence of intent and the presence of negligence, whose adequate resolution demands the incorporation of normative imputation criteria that transcend mere causation of the result.

Keywords: mistake of fact; negligent crime; subjective duty of care; subjective imputation; cognizability.

1 INTRODUÇÃO

A dogmática penal contemporânea enfrenta desafios significativos na delimitação precisa dos contornos da imputação subjetiva, especialmente nas hipóteses em que o agente atua sem conhecimento dos elementos do tipo penal, mas em condições nas quais deveria e poderia tê-lo. Trata-se do denominado erro de tipo vencível, inescusável ou evitável, instituto que se situa na fronteira entre o dolo e a culpa, exigindo refinamento teórico para sua adequada compreensão.

O erro de tipo, consagrado no art. 20 do Código Penal brasileiro, configura-se quando o agente, por erro ou ignorância, deixa de conhecer elemento constitutivo do tipo penal. Nas palavras de Masson (2019),

Erro é a falsa percepção da realidade ou o falso conhecimento de determinado objeto. Exemplo: o sujeito erra ao confundir um cavalo com um jumento. Por seu turno, ignorância é o completo desconhecimento da realidade ou de algum objeto. Exemplo: o sujeito, nascido em uma casa urbana e trancado no interior de um quarto até os 18 anos de idade e não tem a mínima ideia do que seja um cavalo (Masson, 2019, p. 261).

Quando invencível e, portanto, inevitável, tal erro exclui o dolo e a culpa; quando vencível e, por isso, evitável, exclui apenas o dolo, subsistindo a responsabilização a título culposo, se prevista em lei. É precisamente nesta segunda hipótese que reside a complexidade dogmática de se fundamentar a imputação culposa quando ausente o elemento cognitivo e se atribuir ao erro a condição de evitabilidade.

A questão torna-se ainda mais intrincada quando se considera a noção de dever subjetivo de cuidado, ligado ao dever de informar-se ou de conhecer a periculosidade do comportamento. Desloca-se o foco da mera previsibilidade

para a cognoscibilidade individual do agente, o que pode ser interessante para a compreensão do erro de tipo inescusável.

O presente estudo tem como objetivo central examinar a estrutura dogmática do erro de tipo e do delito culposo, confrontando-os com a ideia de dever subjetivo de cuidado, a fim de propor uma síntese crítica que contribua para a adequada fundamentação da imputação culposa nas hipóteses de erro de tipo inescusável.

Para tanto, o trabalho estrutura-se em três momentos: primeiro, analisa-se a estrutura do erro de tipo; em seguida, examina-se a estrutura dogmática do delito culposo, com ênfase nos seus elementos constitutivos e na ideia de dever subjetivo de cuidado para, ao final, avaliar se a ideia de dever subjetivo de cuidado está apta a contribuir com a compreensão da imputação culposa no caso de erro de tipo inescusável.

2 A ESTRUTURA DO ERRO DE TIPO

A teoria finalista da ação elaborada por Hans Welzel (2004), a partir da década de 1930, revolucionou a dogmática penal ao deslocar o dolo e a culpa do âmbito da culpabilidade para o tipo penal. Segundo essa concepção, o dolo não mais se caracteriza como *dolus malus* (consciência da ilicitude), mas como elemento estrutural do tipo subjetivo, consistente no conhecimento e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal. Desse modo, a esfera psicológica e subjetiva do delito encontra-se na conduta humana dirigida a uma finalidade e, portanto, dentro do próprio fato típico. Em suas palavras:

A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecer “finalista” e não somente “causal”. “A finalidade” ou atividade finalista da ação se baseia em que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade com vistas ao futuro, propor-se a objetivos de índole diversa e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos (Welzel, 2004, p. 79).

O comportamento doloso, por sua vez, se caracteriza por uma conduta voltada à obtenção de uma finalidade ilícita, ou seja, um comportamento dirigido a um fim previsto na lei como ilícito. Conforme esclarece Santos (2017):

O conceito de dolo, definido como conhecer e querer as circunstâncias de fato do tipo legal, está exposto à relação de exclusão lógica entre conhecimento e erro: se o dolo exige conhecimento das circunstâncias de fato do tipo legal, então o erro sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo (Santos, 2017, p. 148).

Assim, o tipo doloso, na sistematização finalista, estrutura-se a partir de dois elementos essenciais e indissociáveis: o elemento cognitivo e o elemento volitivo.

O elemento cognitivo, também denominado intelectual, consiste no conhecimento atual, pelo agente, das circunstâncias fáticas que integram o tipo objetivo. Não basta a possibilidade abstrata de conhecer; exige-se a efetiva representação, no momento da ação, dos elementos descritivos e normativos da figura típica.

O elemento volitivo, por seu turno, traduz-se na vontade dirigida à realização do tipo, manifestando-se como a decisão consciente de produzir o resultado típico ou de praticar a conduta proibida. A presença simultânea desses dois componentes é, portanto, condição necessária para a configuração do dolo, de modo que a falha em qualquer deles compromete a própria estrutura do tipo subjetivo doloso.

Na dogmática, a teoria da vontade exprime tal estrutura quando sustenta que o dolo exige tanto o conhecimento do plano criminoso com os elementos que compõem o tipo penal quanto à vontade efetivamente dirigida à sua realização. Neste sentido, o art. 18, inciso I do Código Penal foi preciso ao afirmar que “*diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado*”.

Obviamente que a cognição engloba também este querer finalístico e, precisamente por isso que tal exigência cognitiva articula a teoria do dolo com a teoria do erro, porquanto a falha no conhecimento dos elementos do tipo impede a formação válida da vontade dirigida à sua realização, fundamentando, em última análise, a exclusão do dolo nas hipóteses de erro de tipo.

Nesse contexto teórico, o erro de tipo adquire relevância central, pois consiste no desconhecimento ou representação equivocada de algum elemento descritivo ou normativo integrante do tipo penal objetivo.

Trata-se, portanto, de uma falha no aspecto cognitivo do dolo, que impede a formação da vontade dirigida à realização típica. Nas palavras de Welzel (2004):

A teoria do erro é a teoria do dolo às avessas. Se o autor erra sobre uma circunstância de fato objetiva e abrangida pelo dolo, que pertence ao tipo de injusto, então se exclui o dolo (§ 59); por exemplo, alguém destrói uma coisa alheia na crença de que é própria (erro significa neste caso tanto o conhecimento equivocado, como a ignorância). Caso seja baseado o erro sobre a negligência, o autor é punível por prática culposa do fato, no caso de que exista o tipo culposo correspondente (Welzel, 2004, p. 130).

No erro de tipo haverá um elemento psicológico ligado à falsa representação ou ausência de representação e a ocorrência do tipo objetivo, relacionado ao preenchimento dos elementos que compõem o tipo penal.

Na precisa definição de Juarez Cirino dos Santos, o erro de tipo “significa defeito de conhecimento do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação ausente ou incompleta não pode informar o dolo de tipo”.

O fundamento dogmático do erro de tipo reside na estrutura mesma do conceito finalista de dolo. Se o dolo exige o conhecimento atual dos elementos objetivos do tipo, a ausência ou incorreção desse conhecimento necessariamente exclui o dolo. De fato, quem não conhece um elemento da situação típica não pode querer realizá-lo.

Assim, o art. 20 do Código Penal brasileiro estabelece que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Partindo da definição legal, resta evidenciado que a desconexão entre a vontade do indivíduo (aspecto subjetivo) e a realidade fática (aspecto objetivo) conduzem à ausência do elemento cognitivo do dolo e, por isso mesmo, o exclui.

Todavia, há permissivo legal para a imputação de responsabilidade penal culposa, sem maiores definições legais de quando isso seria possível, a não ser o fato de que o tipo culposos deve estar previsto em lei.

Coube à doutrina distinguir, portanto, entre o erro de tipo evitável e o inevitável, de modo que o erro inevitável exclui o dolo e a culpa, tornando o fato atípico; e o erro evitável exclui apenas o dolo, permitindo a punição culposa, se previsto em lei o tipo penal culposos.

Questões tormentosas se referem à responsabilidade penal sem o elemento cognitivo e à aferição da evitabilidade do erro, a justificarem a punição a título de culpa.

De fato, o erro é inevitável quando, mesmo empregando todo o cuidado necessário segundo as circunstâncias pessoais do autor, não poderia evitar a falsa representação da realidade. Inversamente, o erro é evitável quando o agente, observando o cuidado devido em sua situação concreta, poderia ter conhecido a realidade típica.

Para tentar encontrar um padrão, relevante compreender a estrutura do delito culposos e, em que medida a evitabilidade do erro se ajusta aos componentes da culpa estrito senso, assim como, investigar se o instituto da culpa inconsciente se adéqua ao erro de tipo.

A compreensão adequada do erro de tipo inescusável exige o prévio exame da estrutura dogmática do crime culposo, uma vez que a punibilidade na hipótese de erro evitável pressupõe a existência de tipo culposo correspondente.

3 A ESTRUTURA DO DELITO CULPOSO

O delito culposo caracteriza-se pela produção de resultado sem que o agente tenha o querido ou assumido o risco de produzi-lo. Trata-se da produção de um resultado naturalístico em razão da realização de um comportamento sem a observância do dever de cuidado, exigidos para a convivência em sociedade.

Nos delitos culposos, o agente descumpra a expectativa social hipotética de que podemos exigir uns dos outros uma atuação dentro dos limites mínimos de cuidado exigido para uma convivência harmoniosa. Qualquer comportamento que viole esta expectativa trata-se de um comportamento arriscado que, se nada gerar, é irrelevante penalmente; mas se gerar dano ao bem jurídico de terceiro, pode configurar um delito culposo.

Justamente porque o delito culposo configura a implementação de uma atuação arriscada em um resultado naturalístico é que Claus Roxin (2024, p. 1397) afirma que *“para atestar a realização culposa de um tipo não são necessários, portanto, quaisquer critérios que transcendam a teoria da imputação objetiva”*.

No entanto, a doutrina costuma estruturar os elementos que compõem o tipo culposo como sendo (i) conduta voluntária, sem a cautela devida; (ii) resultado naturalístico involuntário; (iii) nexo de causalidade; (iv) previsibilidade objetiva; e (v) tipicidade.

Neste sentido, Tavares (2020) elenca:

Atendendo à configuração diferenciada do injusto conforme as formas do processo de imputação, o tipo dos delitos culposos se compõem de uma ação descuidada (excedente ao risco autorizado), do resultado, da relação de causalidade e da imputação do resultado ao agente, aí se incluindo a previsibilidade e evitabilidade do evento (Tavares, 2020, p. 407).

A conduta voluntária consiste no comportamento humano consciente e dominável, ainda que não dirigido à produção do resultado. Diferentemente do dolo, na culpa não há vontade realizadora do tipo, mas tão somente voluntariedade na conduta que, por conta da inobservância do cuidado devido, causa o evento lesivo.

A violação do dever objetivo de cuidado constitui o núcleo material do injusto culposo. Tal dever deriva de normas jurídicas, regras técnicas, preceitos

profissionais ou, na sua ausência, do princípio geral de cautela que orienta o homem médio nas relações sociais. A violação pode ocorrer por ação ou por omissão, nas modalidades de imperícia, imprudência e negligência.

O dever objetivo de cuidado traduz o conjunto de cautelas exigíveis do agente para evitar a produção de resultados lesivos a bens jurídicos penalmente tutelados. Cuida-se de pauta normativa de comportamento, aferida segundo o padrão do homem prudente colocado nas mesmas circunstâncias concretas do autor, extraída de normas jurídicas positivas (como regras de trânsito ou de segurança no trabalho, por exemplo), de regras técnicas que disciplinam profissões e atividades especializadas (a *lex artis* médica, as normas de engenharia, os protocolos hospitalares), de usos e costumes consolidados no exercício de determinadas atividades e do princípio geral de cautela que orienta a convivência social.

Trata-se de dever objetivo na medida em que sua observância ignora o aspecto subjetivo, ou seja, não se refere à percepção do próprio sujeito sobre os riscos de seu comportamento, mas daquilo que podemos exigir uns dos outros para bem convivermos em sociedade.

A inobservância desse standard normativo de comportamento configura a violação do dever objetivo de cuidado, exteriorizada em três modalidades classicamente reconhecidas pela doutrina e expressamente acolhidas pelo art. 18, inciso II, do Código Penal brasileiro: a imprudência, a negligência e a imperícia.

A imprudência caracteriza-se pela conduta positiva, comissiva, executada de modo precipitado, aodado ou temerário, sem a cautela exigida pelas circunstâncias do caso concreto. Manifesta-se na ação descuidada, no excesso, na temeridade — como na ultrapassagem em local proibido, na manipulação descuidada de objeto perigoso ou na realização de procedimento técnico sem as devidas precauções. O agente atua quando não deveria fazê-lo, ou atua de modo inadequado à situação concreta, violando, por excesso ou afoiteza, o padrão de cuidado que lhe era exigível.

A negligência, ao contrário, traduz-se em conduta omissiva, configurando-se quando o agente deixa de adotar as precauções devidas, por desatenção, descuido, inércia psíquica ou esquecimento. Configura-se, em regra, pela omissão da cautela imposta pelas circunstâncias, como no clássico exemplo do profissional da saúde que esquece instrumento cirúrgico no interior do paciente, ou do condutor de veículo que negligencia a manutenção preventiva

indispensável à segurança da circulação. Trata-se, assim, da inação culpável, da passividade reprovável diante de exigência de agir cautelosamente.

A imperícia, por sua vez, caracteriza-se pela não utilização da técnica no desempenho de atividade ou profissão para a qual o agente deveria ter a habilidade exigida. Distingue-se das demais modalidades por seu caráter eminentemente profissional, pressupondo o exercício de função, arte ou ofício que reclama conhecimentos especializados, mas que foram ignorados pelo agente. Configura-se, exemplificativamente, na atuação do médico que realiza procedimento sem o uso da técnica adequada, ou do engenheiro que projeta estrutura sem utilizar os conhecimentos técnicos pertinentes. Em todas as três modalidades, observa-se, no fundo, a mesma estrutura material: a violação do dever objetivo de cuidado, ainda que por vias fenomenológicas distintas — ação descuidada, omissão de cautela ou despreparo técnico —, sendo este o substrato comum que fundamenta a tipicidade culposa.

O resultado naturalístico, também denominado material ou de fato, corresponde à modificação no mundo exterior causada pela conduta descuidada. Consiste na modificação efetiva e perceptível no mundo exterior produzida pela conduta humana, captável pelos sentidos e descritível em termos físico-naturais. Cuida-se, portanto, de fenômeno empírico, situado no plano do ser, vinculado causalmente à ação ou omissão do agente².

Trata-se de elemento essencial do tipo culposo, que adota estrutura material. Sem resultado lesivo, inexistente crime culposo. Em razão de seu caráter material, sem a efetiva modificação do mundo exterior, não há espaço para a punição a título de culpa, ainda que tenha havido violação do dever objetivo de cuidado.

O nexos de causalidade vincula objetivamente a conduta do agente ao resultado, segundo os critérios de causalidade naturalística, em autêntica relação de causa e efeito. Embora a causalidade física seja necessária, adotando

² A título de complementação, há também o chamado resultado normativo que, por seu turno, situa-se em plano axiológico distinto do resultado naturalístico, pois corresponde à lesão ou ao perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Não é fenômeno físico, mas juízo valorativo de afetação à esfera de proteção juridicamente reconhecida. Todo crime, sem exceção, ostenta resultado normativo, pois inexistente tipo penal que não vise à proteção de algum bem jurídico; nem todo crime, contudo, exige resultado naturalístico para sua consumação. Daí a clássica classificação tripartite consagrada pela doutrina: os crimes materiais reclamam, para sua consumação, a produção do resultado naturalístico previsto no tipo (como o homicídio, o furto e a lesão corporal); os crimes formais admitem o resultado naturalístico, mas dele prescindem para fins de consumação, que se aperfeiçoa com a mera realização da conduta típica (como a extorsão e a ameaça); e os crimes de mera conduta sequer descrevem resultado naturalístico, exaurindo-se na pura realização do comportamento típico (como a violação de domicílio e o ato obsceno).

os preceitos da teoria da imputação objetiva, para além dela, exige-se que o resultado seja imputável objetivamente à conduta. Nas palavras de Roxin (2024):

Afinal, se a imputação do tipo objetivo exige a realização de um risco criado pelo autor que exceda o risco permitido no âmbito da finalidade protetiva da norma, o resultado não é apenas imputado com o auxílio da teoria da condição, mas em virtude de critérios que fundamentam uma conduta culposa (Roxin, 2024, p. 1394).

É neste contexto que as noções de previsibilidade são fundamentais para a compreensão da estrutura culposa de um evento criminoso.

Aprevisibilidade objetiva, finalmente, concretiza o princípio da culpabilidade no âmbito do tipo culposo. O resultado deve ser objetivamente previsível *ex ante*, segundo o critério do homem médio inserido na situação concreta do autor. Trata-se da imprevisão do previsível. Ou seja, se refere ao fato de o agente não ter previsto a possibilidade de ocorrência do resultado quanto tal previsão lhe era exigível, como decorrência do dever objetivo de cuidado.

Com a ocorrência destes elementos, configurado estará o delito culposo na modalidade de culpa inconsciente.

Para o reconhecimento da chamada culpa consciente, faz-se necessária a presença, também, da chamada previsibilidade subjetiva que representa a previsão individual do resultado. Enquanto na previsibilidade objetiva analisa-se a possibilidade de ocorrência do resultado na perspectiva do expectador externo ou de um padrão de comportamento cuidadoso (homem médio), na previsibilidade subjetiva, a análise se dá na perspectiva do próprio indivíduo envolvido na situação fática.

Portanto, a distinção entre a culpa consciente (com previsão) e inconsciente (sem previsão) está fundada no elemento cognitivo, pois na culpa consciente, o agente prevê o resultado como possível, mas confia levemente em sua não ocorrência; e na culpa inconsciente, o agente não prevê o resultado, embora fosse previsível.

Obviamente, se considerando os elementos do delito doloso, especialmente o cognitivo e, a partir dele, a exigência de representação do resultado para a ocorrência do dolo, ainda que eventual, é fácil compreender que no erro de tipo é a falta desta previsibilidade que conduz ao afastamento do dolo. No entanto, tal ausência de previsão subjetiva do resultado não é suficiente para afastar a responsabilidade culposa, na modalidade de culpa inconsciente e, talvez por isso, seja viável a responsabilização culposa no caso de erro de tipo.

Destarte, superada a análise dos elementos clássicos do tipo subjetivo, torna-se necessário examinar em que medida tais elementos são suficientes

para explicar a imputação culposa no erro de tipo inescusável e se haveria espaço para modelos normativos mais refinados, como sugere a compreensão do chamado dever subjetivo de cuidado.

4 O DEVER SUBJETIVO DE CUIDADO

Mirentxu Corcoy Bidasolo³ (2005, p. 229) ensina que “*el núcleo del tipo subjetivo imprudente puede comprenderse como: conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica*”. Trata-se de uma distinção fundamental na dogmática penal, especialmente em matéria de tipicidade subjetiva e culpabilidade:

Conhecimento (*conocimiento*) refere-se ao conhecimento efetivo, real e atual que o agente possui sobre os elementos do tipo penal. É o saber efetivamente presente na consciência do autor no momento da conduta. No dolo, exige-se que o agente conheça os elementos objetivos do tipo.

Cognoscibilidade (*cognoscibilidad*) diz respeito à possibilidade de conhecimento, ao conhecimento potencial. Indica que, embora o agente não tivesse conhecimento efetivo, ele poderia e deveria ter conhecido determinado elemento se tivesse atuado com a diligência devida. É um critério normativo, não psicológico.

Enfrentando a distinção entre a culpa consciente e a culpa inconsciente, esclarece:

Concebido de esta forma el elemento subjetivo del tipo imprudente, el objeto del conocimiento en la culpa consciente es: “la posibilidad de realización típica”, mientras que en la culpa inconsciente el objeto de conocimiento, en cuanto cognoscibilidad, es: “la posibilidad de conocimiento de la posibilidad de realización típica” (Bidasolo, 2005, p. 229).

Desta forma, desloca-se o eixo da imputação culposa da mera previsibilidade objetiva para a cognoscibilidade individual, distinguindo-se a culpa consciente da culpa inconsciente em relação ao objeto de conhecimento exigido do agente, embora o conteúdo do injusto permaneça o mesmo.

O conhecimento da possibilidade de realização típica, próprio da culpa consciente, implica que o autor prevê essa possibilidade em abstrato, mas não no caso concreto, pois não acredita que venha a se efetivar. Falta a previsão

³ Professora catedrática de Direito Penal da Universidade de Barcelona.

concreta da realização típica, que seria cognoscível caso o sujeito não tivesse errado no juízo sobre a previsibilidade. Na culpa inconsciente, não há previsão da realização típica, mas há cognoscibilidade, ou seja, o autor poderia ter previsto a ocorrência do resultado.

Nas palavras de Corcoy Bidasolo (2005):

El objeto de conocimiento no es, pues: “la posibilidad de realización típica”, sino la “concreta previsión de la realización típica”; con lo que el elemento fundamental del tipo subjetivo imprudente pasa a ser: la “cognoscibilidad del concreto peligro de realización típica”, tanto en los supuestos de culpa consciente como inconsciente; mientras que si existe “conocimiento del concreto peligro de realización típica”, estaremos ante un supuesto doloso. [...] El conocimiento que interesa al Derecho penal no es de “la posibilidad de realización típica”, sino conocimiento o no conocimiento “del concreto peligro de realización típica”, cuando se dé esta clase de conocimiento habrá dolo y, cuando no, imprudencia, siempre que además se pruebe la cognoscibilidad. (Corcoy Bidasolo, 2005, p. 230-231).

Nesta perspectiva, nas duas modalidades de culpa enfrenta-se a noção de ‘cognoscibilidade’ e não de ‘conhecimento’, porque, em ambas, produz-se um erro quanto ao conteúdo da efetiva realização típica. O núcleo do tipo subjetivo culposo é o desconhecimento da periculosidade concreta da conduta.

Portanto, para a ocorrência do tipo culposo, há de haver o desconhecimento da concreta situação de perigo e este desconhecimento deve ser atribuído ao autor. A atribuição deste desconhecimento, como uma ignorância vencível do perigo da situação fática, revela a existência de um dever de evitar esse desconhecimento, o que se denomina dever subjetivo de cuidado.

Assim, o “dever subjetivo de cuidado” deveria se incorporar na estrutura do tipo de injusto culposo, de modo que, além da violação do dever objetivo de cuidado (componente externo), exige-se a constatação de que o agente possuía capacidade individual de conhecer e evitar o risco (componente interno).

O dever subjetivo de cuidado compreende dois aspectos inter-relacionados: a) a cognoscibilidade individual dos elementos fáticos que fundamentam o dever objetivo; e b) a capacidade pessoal de conformar a conduta às exigências normativas. Trata-se, portanto, de juízo normativo-individual que considera as circunstâncias concretas do agente.

A cognoscibilidade, núcleo do dever subjetivo de cuidado, não se confunde com a previsibilidade objetiva. Enquanto esta última se afere pelo padrão do homem médio, aquela considera as condições pessoais, conhecimentos especiais e capacidades específicas do autor.

Nas palavras de Bidasolo (2005), o dever subjetivo de cuidado integraria o próprio dever objetivo de cuidado. Vale citar:

La imputación o atribución del desconocimiento se condiciona a que el autor pueda evitar el desconocimiento y tenga que evitarlo, en cuyo caso, se entenderá que el autor ha infringido el deber subjetivo de cuidado. Este deber subjetivo de cuidado está implícito en el deber objetivo de cuidado, de suerte que cada prohibición obliga a cada uno de los destinatarios a que reconozca la previsibilidad de realización de prohibiciones típicas resultantes de sus acciones (Bidasolo, 2005, p. 231-232).

A ideia é a de que o dever subjetivo de cuidado se verifica quando é exigível do agente que tenha o conhecimento concreto da periculosidade de seu comportamento. A esta exigibilidade dá-se o nome de cognoscibilidade.

Segundo Bidasolo (2005, p. 239), podem-se distinguir três espécies de desconhecimento: a) conhecimento da existência de um perigo e previsão da possível realização, mas não da efetiva virtualidade do risco criado (culpa consciente); b) desconhecimento do risco inerente à conduta como consequência do esquecimento dos fatores de risco (modalidade de culpa inconsciente); c) desconhecimento não só do risco próprio da conduta, mas também dos fatores de risco (no âmbito de condutas que exigem o conhecimento dos perigos que contêm para que possam ser realizadas de forma adequada socialmente).

Porém, adverte que, em comum às três possibilidades de desconhecimento está a constatação de que o sujeito comete um erro de apreciação da efetiva situação fática e, em nenhum caso, julga corretamente a potencialidade lesiva de sua conduta.

Portanto, a teoria possibilita melhor fundamentação dogmática do erro de tipo inescusável. Se a cognoscibilidade integra o próprio tipo subjetivo, sua ausência exclui não apenas o dolo, mas também a tipicidade culposa. Inversamente, sua presença fundamenta a imputação culposa de maneira mais consistente com o princípio da culpabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada fundamentação da imputação culposa no erro de tipo inescusável demanda a superação de perspectivas meramente objetivistas, que se limitam ao critério do homem médio, em favor de uma abordagem que incorpore elementos de cognoscibilidade individual.

A análise comparativa entre as categorias de previsibilidade objetiva e previsibilidade subjetiva revela-se essencial para a compreensão da estrutura

do delito culposo. A previsibilidade objetiva, tradicionalmente associada ao padrão do homem médio e ao dever objetivo de cuidado, estabelece um critério normativo generalizado de imputação. A previsibilidade subjetiva, por sua vez, desloca o foco para a previsão individual do resultado, considerando as condições pessoais, conhecimentos especiais e capacidades específicas do autor. Esta distinção encontra paralelo na diferenciação entre culpa consciente e culpa inconsciente, fundada no elemento cognitivo presente ou ausente no momento da conduta.

A teoria do dever subjetivo de cuidado, embora relacionada à previsibilidade subjetiva, com ela não se confunde. Enquanto a previsibilidade subjetiva refere-se à previsão individual do resultado típico, considerando as características pessoais do agente, o dever subjetivo de cuidado constitui conceito mais amplo, compreendendo não apenas a cognoscibilidade do resultado, mas também o dever de se informar e de conhecer a periculosidade concreta da conduta.

A previsibilidade subjetiva opera no plano objetivo, de modo que interessa apenas saber se, no caso concreto, o agente previu o resultado, acreditando sincera e levemente que ele não ocorreria. O dever subjetivo de cuidado, por sua vez, situa-se no plano normativo da exigibilidade de conhecimento, na ideia de exigibilidade do conhecimento do risco, ou seja, na cognoscibilidade do risco e do resultado. Aquela questiona 'o agente previu?'; este questiona 'deveria o agente conhecer a periculosidade?'.

A incorporação da teoria do dever subjetivo de cuidado na estrutura do tipo culposo, portanto, oferece solução dogmática mais consistente com o princípio da culpabilidade. O dever subjetivo de cuidado vincula-se diretamente à cognoscibilidade individual do agente, transcendendo tanto a previsibilidade objetiva quanto a mera previsibilidade subjetiva. Enquanto a previsibilidade objetiva examina o que seria previsível ao homem médio e a previsibilidade subjetiva analisa se o agente previu o resultado e permaneceu na conduta, a cognoscibilidade - núcleo do dever subjetivo de cuidado - investiga se era exigível do agente o conhecimento da periculosidade da conduta nas circunstâncias específicas do caso. Trata-se de um juízo normativo-individual que examina se o agente possuía capacidade pessoal de conhecer e evitar o risco, bem como se era dele exigível tal conhecimento.

A aplicação desta perspectiva teórica ao erro de tipo inescusável permite superar as dificuldades dogmáticas relativas à fundamentação da imputação culposa na ausência do elemento cognitivo do dolo. No erro de tipo inescusável, o agente desconhece elemento constitutivo do tipo penal, mas tal desconhecimento lhe é imputável a título de culpa porque violou o dever subjetivo de cuidado. A

evitabilidade do erro não se afere exclusivamente pela previsibilidade objetiva do resultado, nem mesmo pela previsibilidade subjetiva isoladamente considerada, mas pela cognoscibilidade individual dos elementos fáticos que fundamentam o dever objetivo de cuidado, conjugada com a exigibilidade normativa de tal conhecimento.

Em ambas as modalidades de culpa, consciente e inconsciente, o núcleo do tipo subjetivo reside no desconhecimento da periculosidade concreta da conduta. No erro de tipo inescusável, verifica-se erro de apreciação da efetiva situação fática, havendo desconhecimento não apenas do risco próprio da conduta, mas também dos fatores de risco que deveriam ter sido conhecidos pelo agente. A cognoscibilidade destes elementos, enquanto componente do dever subjetivo de cuidado, constitui o fundamento da responsabilização culposa.

Portanto, a imputação da culpa no erro de tipo inescusável encontra adequada fundamentação dogmática quando se reconhece que a cognoscibilidade integra o próprio tipo subjetivo culposo. O agente será punido a título de culpa não simplesmente porque o resultado era objetivamente previsível ao homem médio (previsibilidade objetiva), nem apenas porque era subjetivamente previsível a ele (previsibilidade subjetiva), mas porque lhe era exigível o conhecimento dos elementos fáticos e normativos que tornavam sua conduta perigosa, e tal conhecimento lhe era subjetivamente possível. A evitabilidade do erro traduz-se, assim, na violação do dever subjetivo de cuidado, compreendido como dever de conhecer a periculosidade concreta da conduta nas circunstâncias específicas do caso.

Assim, proporciona-se maior coerência sistemática ao tratamento do erro de tipo inescusável, harmonizando as exigências de imputação objetiva com os imperativos de imputação subjetiva que decorrem do princípio da culpabilidade, e oferecendo critérios normativos mais refinados para a aferição da responsabilidade penal culposa no caso do erro de tipo vencível, inescusável ou indesculpável.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2017.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2005.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. (Org.). *Direito penal. Parte Geral: fundamentos, a estrutura da teoria do crime*. 5. ed. Trad. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. 2. tiragem. Campinas: Romana, 2004.